جامعة الخليل
كلية الدِّراسات العليا
قسم القضاء الشَّرعي

الكَفَالَةُ في الشَّرِيْعَةِ الإِسْلامِيْةِ

إعداد الطَّالب
محمَّد حسين حمد العواودة

الرَّقم الجامعي
٢٠٤١٩٠٠١

إشراف الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري –حفظه الله–

قُدِّمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل.

الخليل
فلسطين
١٤٢٨هـ_٢٠٠٧مـ

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الخليل
كلية الدّراسات العليا
قسم القضاء الشّرعي

إجازة الرسالة

الكَفَالَةُ في الشَّرِيْعَةِ الإِسْلامِيْةِ

إعداد الطّالب: محمّد حسين حمد *العواودة*

الرّقم الجامعي: ٢٠٤١٩٠٠١

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت يوم الاثنين ٣١/١٢/ ٢٠٠٧م، وكانت لجنة المناقشة مكونة على النحو التالي:

١- أ.د حسين مطاوع الترتوري، رئيساً للجنة المناقشة، التوقيع...............

٢- أ.د أمير عبد العزيز رصرص، ممتحناً خارجياً، التوقيع...............

٣- د. حافظ محمد الجعبري، ممتحناً داخلياً، التوقيع...............

الخليل – فلسطين

لعام ١٤٢٨هـ_٢٠٠٧م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملخص الرسالة

اشتملت هذه الرسالة على مقدمة، وفصل تمهيدي، وبابين وخاتمة.

احتوت المقدمة على أهمية الكفالة، وأسئلة الدراسة، وأهداف البحث، وأسباب اختيار الكتابة في هذا الموضوع، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته.

أما الفصل التمهيدي فخُصص للحديث عن مبحثين؛ الأول منهما تعريف التوثيق، ونشأته، وحكمه، وجاء المبحث الثاني ليتحدث عن تعريف لأبرز طرق التوثيق.

اشتمل الباب الأول على ثلاثة فصول في مناح عدة، كان الأول منها للحديث عن تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً، والألفاظ ذات الصلة بالكفالة في مباحث ثلاثة متتالية، وخُصص الفصل الثاني المشتمل على أربعة مباحث ليتناول مشروعية الكفالة في القرآن الكريم في المبحث الأول، ومشروعية الكفالة في السنة المطهرة في المبحث الثاني، ومشروعية الكفالة من الإجماع في المبحث الثالث، ومشروعيتها من المعقول في المبحث الرابع، أما الفصل الثالث فضمَّ خمسة مباحث للحديث عن أركان الكفالة وشروطها؛ الأول منها تحدث عن الصيغة والثاني عن الكفيل، والثالث عن المكفول له، والرابع عن المكفول عنه، والخامس عن المكفول به.

ثم يأتي الباب الثاني من الرسالة ليبين أنواع الكفالة وصورها المعاصرة في فصول أربعة؛ تناول الفصل الأول الحديث عن الكفالة بالمال، واشتمل على خمسة مباحث، كان الأول منها لتوضيح أقوال العلماء في كفالة المال، والثاني لذكر أحكام الكفالة بالمال وآثارها، ثم الثالث للحديث عن التوكيل في الكفالة بالمال، والرابع لبيان انتهاء الكفالة بالمال، والخامس لتوضيح حكم الكفالة بالمال في الحدود والقصاص.

خُصص الفصل الثاني من الباب الثاني من الرسالة للكلام عن الكفالة بالنفس من خلال خمسة مباحث؛ كان المبحث الأول في ذكر أقوال العلماء في الكفالة بالنفس، والثاني لبيان أحكام الكفالة بالنفس وآثارها، والثالث للحديث عن التوكيل

في كفالة النفس، والرابع لبيان انتهاء الكفالة، والخامس لتوضيح حكم الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص.

وأما الفصل الثالث من الباب الثاني فاشتمل على أربعة مباحث لبيان صور وأشكال الكفالة؛ فكان المبحث الأول للحديث عن الكفالة المعلقة، والثاني لتوضيح الكفالة المضافة إلى المستقبل، والثالث لبيان الكفالة المؤقتة، والرابع للحديث عن ضمان الدَّرْك وضمان المجهول.

ثمَّ يأتي الفصل الرابع منه للحديث عن صور معاصرة للكفالة، ونظرة الشريعة الإسلامية إليها، فاحتوى ثلاثة مباحث؛ خُصص الأول لبيان خطاب الضمان - الكفالة المصرفية-، والمبحث الثاني لبيان الاعتمادات المستندية، والأخير للحديث عن التأمين التجاري.

أمَّا الخاتمة ففيها أهم النتائج التي توصل إليها الباحث.

الإهداء

إلى والديَّ اللذين ربياني صغيراً ولم يتوانيا في تنشئتي التنشئة الصالحة.

إلى إخوتي و أخواتي الغاليات وأزواجهنَّ المحترمين.

إلى زوجتي(أم الحسين)، وأهلها الكرام.

إلى المجاهدين الذين يقضون زهرة شبابهم خلف القضبان.

إلى أرواح الشهداء الذين أنبتوا بدمائهم الطاهرة ثمرة العزة في هذه الأمة.

إلى زملائي في جهاز التربية والتعليم.

إلى كل هؤلاء جميعا وإلى كل عزيز وأخ في الله أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع.

شكر وتقدير

انطلاقاً من قول الله-ﷻ-"﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ۖ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ﴿٧﴾ ﴾"[1].

وقول الله -ﷻ-"﴿ وَسَيَجْزِي اللَّهُ الشَّاكِرِينَ ﴿١٤٤﴾ ﴾"[2].

وقول الرسول-ﷺ- "مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ لَا يَشْكُرُ اللَّهَ"[3]. فإنني أتوجه بجزيل الشكر لكل من علمني حرفاً، وأنار لي درباً من دروب العلم، وأزال من أمامي كل الصعوبات في سبيل طلبي للعلم النافع ثم العمل الصالح-بإذن الله- وخاصة الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري-حفظه الله-، والذي لم يزل ناصحاً مخلصاً، وناقداً بصيراً، ومربياً فاضلاً طوال فترة دراستي، وخلال إشرافه على رسالتي فجزاه الله خيراً عني وعن طلبة العلم، والمسلمين.

كما أتقدم بالشكر من جميع الأساتذة في قسم القضاء الشرعي، وخاصة الدكتور عدنان صلاح، و الدكتور إسماعيل شندي، والأستاذ الدكتور عثمان التكروري، ولا يفوتني أن اشكر كذلك – عميد كلية الشريعة سابقاً- الدكتور هارون الشرباتي، فلهم جميعاً ولجميع من علَّمني أسمى آيات الفخر والاعتزاز والتقدير.

وكذلك أتقدم بالشكر من السادة القائمين على هذا الصرح العلمي المبارك- جامعة الخليل- التي احتضنتني في كلية الدراسات العليا.

وإنني أشكر كل من ساعدني في كتابة بحثي هذا حتى منَّ الله عليَّ بإتمامه.

---

[1]- سورة إبراهيم، آية(٧).

[2]- سورة آل عمران، آية(١٤٤).

[3]- سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ح(١٨٧٧)، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك. قال أبو عيسى حديث حسن صحيح. قال الألباني. حديث صحيح. السلسلة الصحيحة، محمد بن ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، (ح(٤١٦) (٧٧٦/١).

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله-ﷺ-.

قال الله-ﷻ-:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾ [1]، وقال الله-ﷻ-:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ [2]، وقال الله-ﷻ-: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلاً سَدِيدًا ۝ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَـٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾[3]،وبعد:

فلقد تفضل الله برحمة منه ورضوان على خير أمة أخرجت للناس بأن جعل دينها -الدين الإسلامي- خاتم الأديان، وجعل رسولها الكريم -ﷺ- خير الرسل، جاء برسالة محمدية شاملة كاملة عالمية تنزيل من حكيم حميد.

تتجلى عظمة هذه الشريعة بأنها لم تترك لا شاردة ولا واردة؛ لا صغيرة ولا كبيرة إلا أتت بها وبينتها لعباد الله المؤمنين حيث قال الله-ﷻ-:﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَـٰمَ دِينًا ﴾ [4].

فمن نعم الله شمول أحكام هذه الرسالة لجميع شؤون وأمور حياة الإنسان المسلم؛ ففي جانب العبادات بينت أمورها تامة شافية لكل ناهل من ينابيعها، وكذلك الأمر في جانب المعاملات أروت كل ظمآن بأحكام شرعية عملية واقعية كالبيوع بأنواعها، وعقود التوثيق كالرهن والحوالة والكفالة، فإن الله سبحانه يسخِّر من

---

١ - سورة آل عمران (١٠٢).

٢ - سورة النساء (١).

٣ - سورة الأحزاب (٧٠-٧١).

٤ - سورة المائدة(٣).

يختار من عباده برحمة منه إلى خدمة هذا الدين الذي تعهد بحفظه، فأسأل الله أن يجعلني واحداً من الذين سُخِّروا لخدمة هذا الدين وتعلم و تعليم أحكامه.

ولقد احتلت طرق التوثيق عنايةً واهتماما وتطوراً للحاجة الماسة إليها في التعامل اليومي للمسلم، لذلك كانت طرق التوثيق على اختلاف أشكالها من أهم الأمور التي تحتاج إلى إيضاح وبيان وتفصيل في أحكامها.

ولما تكرم الله علي بأن أكون أحد طلبة الدراسات العليا – في جامعة الخليل الموقرة– كان لا بد وأن أكتب بحثاً تكميلياً لنيل درجة الماجستير، وباستشارة أهل العلم من آبائي المتخصصين أشاروا علي بالكتابة في إحدى طرق التوثيق بالعقود، ألا وهي الكفالة، لأهميتها العملية في الحياة اليومية لعباد الله الملتزمين تطبيق شرع الله في شؤون حياتهم المختلفة، ولبيان عظيم فضل الله على عباده بإيجاد طرق ميسرة توجب الاطمئنان لكلا المتعاملين مما يرفع الحرج عن المسلمين في تعاملهم.

فاستعنت بالله تعالى واخترت بحثاً سميته" الكفالة في الشريعة الإسلامية " جعلته في مقدمة، وفصل تمهيدي، وبابين، وخاتمة.

أهمية الموضوع

تظهر أهمية الكتابة في هذا الموضوع من خلال نقاط عدة أهمها:

١- خلق الله -ﷻ- الإنسان مدنياً بطبعه يحتاج الآخرين ويحتاجون إليه؛ فكان لابد من التعامل معهم، ومن صور هذا التعامل، طريقة توجب الثقة في نفوس المتعاملين، ألا وهي الكفالة، فكان لا بد من الإحاطة الكافية بأحكامها وخاصة من قبل طلبة العلم.

٢- تتعدد طرق التوثيق بالعقود وفي تخصيص بحث علمي بإحداها خير وبركة بتوفيق الله تعالى، فإن المُتَخَصص في مجال معين أدق في معرفة جزيئاته وخفاياه؛ لذلك فإن في بحث الكفالة كصورة من صور التوثيق

بياناً لأدق الأحكام التي تتعلق بها، وفي بيان الصور المستحدثة التي لهـــا علاقة بالكفالة ، كالكفالة المصرفية وخطاب الضمان، وغيرها من الأمور التي قد تكون كفالة من جهة ووكالة من جهة أخرى في ضوابط معينة.

٣- بيان عظمة الشريعة وشمولها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وتَـــصدِّيها لكل جديد مستحدث من صور الحياة، فهي تبين أحكاما شرعية تشمل كل ما يحتاجه الطالب لأحكامها من أحكام، ولم تترك الطريق هكذا عبثا بأيدي اللاعبين العابثين بل كانت خالدة محفوظة بحفظ الله لها، فهي تنزيل مـــن حكيم حميد.

أسئلة الدراسة

١-ما المقصود بالكفالة؟وما أنواعها؟وما أركانها؟

٢-هل الكفالة بكلا نوعيها مشروعة أم لا؟

٣-هل الكفالة في الحدود والقصاص جائزة أم لا؟

٤-ما أحكام الكفالة؟

٥-ما شروط الكفالة؟

٦-ما آثار الكفالة؟

٧-بماذا تنتهي الكفالة؟

٨-هل هناك صور معاصرة للكفالة، وما مدى جوازها؟

٩-ما المقصود بضمان الدَّرك؟

أهداف البحث

لا شك أن لكل بحث أهدافاً سامية يسعى الباحث إلى تحقيقها، ومن أبرز أهداف هذا البحث :

١-الإجابة عن الأسئلة التي تدق باب عقول أهل العلم من أبناء المـــسلمين بنور من رب العالمين أو بسؤال الآخرين لهم عن أمور دينهم ودنياهم.

ومما تكثر فيه الأسئلة جانب المعاملات وما فيه من صور وقضايا مختلفة كأحكام الكفالة مثلاً، وآثارها وصورها والأمور التي تنتهي بها وغير ذلك من أسئلة تفرضها الحاجة أو الواقع غالباً.

٢- بيان دور العلماء من سلف هذه الأمة، ومن اقتفى أثرهم ممن تبعهم في الاعتناء بهذا الدين وأحكامه وبيان جزئياته، فلقد نذروا أنفسهم لخدمة هذا الدين، فسهروا الليالي، وقضوا حياتهم في خدمة خير الرسالات وخاتمتها، وخاصة ما يتعلق بأمور معاملات الناس وما يقومون به من عقود وتوثيق لحقوقهم، ومن هذه العقود الكفالة، وما يتعلق بها من أحكام، فجزاهم الله خيراً.

٣- توضيح كافة الجزئيات المتعلقة بالكفالة في رسالة علمية تحت إشراف أهل العلم والتخصص في هذا المجال، ولما كانت الكفالة تحتل جانباً مهماً من حياة الإنسان المسلم اليومية العملية، فرضت نفسها على طلبة العلم والمتخصصين لجعلها محورا هاماً من المحاور الجالبة لأنظارهم للبحث فيما يتعلق بها من أحكام، وخاصة وأن لكل جزئية من جزئيات الشريعة الإسلامية محيطاً واسعاً من الأحكام الشرعية التي تحتاج إلى الغوص إلى الأعماق لمعرفتها والاستبصار بها في ظل ظروف وحوادث متعددة متغيرة بتغير الأزمان والأمكنة والأشخاص.

أسباب اختيار الموضوع

١- من أهم الأسباب الدافعة إلى كتابة هذا البحث، أنه لا بد من كتابة بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، حسب قانون الدراسات العليا في جامعتي – جامعة الخليل- وبما أنني أحد طلبة الدراسات العليا – قسم القضاء الشرعي- شرعت بالكتابة في هذا الموضوع سائلاً المولى سبحانه التيسير والإعانة والتوفيق والسداد.

٢- ومن الأسباب كذلك أنه من خلال الإطلاع على كتب أهل العلم وكتاباتهم في هذا المجال، يتبيّن أنَّ هناك من كتب كتابات مباركة تنير الطريق أمام طلبة العلم والباحثين، ولكنها في مجملها كتابات مختصره في عرضها، جعلت فرضا على الباحثين تطوير هذه الكتابات لاسيّما إذا كانت ضمن بحث علمي تحت نظر المتخصصين المتميزين.

٣-محاولة الوصول إلى أحكام شرعية تتضمن حكماً واضحاً لصور مستجدة في موضوع الكفالة، ونقاط تخفى على الكثير، ففي تخصيص بحث مُستَقل علاج لأي جزئية – بإذن الله-.

الدراسات السابقة

في أثناء إطلاعي على مصادر هذا الموضوع وجدت أن معظم أمّهات الكتب قد تناولته؛ إما تحت مسمى الكفالة أو الضمان أو الزعامة أو الحمالة أو غيرها، وكذلك هناك من الكتب الحديثة التي تناولت موضوع البحث بكلام مختصر، فلم أعثر حسب ما توصلت إليه من مصادر قديمة وحديثة كتاباً شاملاً لكافة جزئيات البحث، فمن الكتب المعاصرة التي تحدثت عن الموضوع:

١-الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، الدكتور علي أحمد السالوس – أكرمه الله-.

وهو كتاب متوسط الحجم يقع في ما يقارب (١٨١) صفحة وقد عرض مؤلفه موضوع الكفالة في الجزئيات التي كتب فيها بشكل موفق.

حيث تحدث في ثنايا الكتاب عن تعريف الكفالة بشكل مُوسع، وعن ورود الكفالة في القرآن الكريم والسنة، ومن ثم أركان الكفالة في خمسة فصول على الترتيب الآتي؛ الصيغة، الكفيل، المكفول له، المكفول عنه، المكفول به، وكفالة النفس

وكفالة المال، وآثار الكفالة، وعلاقة كل من المكفول له والمكفول عنه بالكفيل، وبماذا يرجع الكفيل ومتى يرجع؟ والأمور التي تنقضي بها الكفالة؛ كالأداء والإبراء والفسخ والموت وغيرها.

وقد عَرَض في نهاية بحثه أنواعاً وصوراً من صور الكفالة المعاصرة، ورغم ما تميزت به فصول هذا الكتاب وأبوابه من عرض لموضوع الكفالة إلا أنه في مجمل عرضه كان عرضاً مختصراً، ولعل الباحث لم يتطرق لبعض الجزئيات لندرة حدوثها أو لأمر ما كالتوكيل في الكفالة وغيرها من محاور دقيقة مر عليها مرور الكرام حسب المنهج الذي ارتضاه لنفسه في بحثه، مما يشجع على السير قدماً في تخصيص بحث علمي، كرسالة علمية تكون شاملة لكافة الجزئيات والنقاط المهمة.

٢-الفقه الإسلامي وأدلته، الدكتور وهبة الزحيلي- أكرمه الله-.

وهو كتاب ضخم يقع في ثمانية أجزاء، تناول فيه مؤلفه معظم الموضوعات الفقهية بشكل ميسر مختصر، ومن ضمن الموضوعات التي تطرق لها؛ موضوع الكفالة،في الجزء الخامس في إحدى وثلاثين صفحة، تناول خلالها الحديث عن تعريف الكفالة، ومشروعيتها، وأركانها، وألفاظها، وشروطها، وأحكامها، ومن ثم طرق انتهائها، ورجوع الكفيل على الأصيل، وبماذا يرجع ومتى؟.

وممّا لا شك فيه أن المؤلف قد ارتضى لنفسه عرض المادة العلمية بأسلوب ميسر مبسط مختصر، وهذا يظهر من خلال عدد الصفحات، وعدم إيراد بعض الجزئيات ذات الأهمية بناءً على منهجه الذي توخاه في موسوعته، ومن ذلك الصور المعاصرة للكفالة، كالكفالة المصرفية وخطاب الضمان وغيرها من صور مستجدة للكفالة مما يجعل من الكتابة في هذا الموضوع وإيراده في بحث مستقل أمراً حسناً، والله الموفق.

٣- التوثيق بالكتابة والعقود، الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري-أكرمه الله-

وهو كتاب متوسط الحجم يقع في (٣٠٣) صفحة، تحدث فيه مؤلفه عن التوثيق بطريقتيه؛ الكتابة والعقود، وفي جانب العقود تحدث عن الكفالة من حيث تعريفها، ومشروعيتها، وأركانها، وشروطها، وتعدد الكفلاء، وحقيقة الكفالة، وآثارها وموت الكفيل، وغيرها من النقاط التي عرضها بشكل مختصر حسب ما أراد المؤلف، والتي لها كثير من الأهمية إلا أنها بحاجة لشيء من التفصيل والبيان والتعريج على الصور المعاصرة للكفالة، و من أجل تكوين دراسة مستقلة تشفي الغليل وتداوي العليل وتروي الظمآن وتوقظ الوسنان وتنبه اليقظان إلى أمور هامة في هذا الموضوع بإذن الله الرحيم الرحمن.

٤- نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)، الدكتور محمد بن إبراهيم الموسى-أكرمه الله-.

وهو كتاب ضخم يقع في مجلدين، بما يُقارب(٧٣٢) صفحة، تحدث مؤلفه عن الكفالة من حيث بيان حقيقتها، وأقسامها باعتبار المكفول به، والعقد نفسه، والقيد أو الوصف، مقارناً في ثنايا كتابه في ذلك وغيره بين نظرة الشريعة ونظرة القانون الوضعي، ثم بيّن شروط الكفالة وآثارها، وذكر الطرق التي تنتهي بها الكفالة، وفي نهاية كتابه ذكر قسماً من صور الكفالة المعاصرة، ورغم ما أبدعه -أكرمه الله- في كتابه من بيان للكفالة، إلا أنه ترك بعض الجزئيات المتممة للفائدة في موضوع الكفالة كبعض الصور المعاصرة للكفالة، ومن ذلك التأمين التجاري، وغيره من نقاط مهمة، لا بد من الحديث عنها في بحث الكفالة، ومن المتيقن أنَّ أيَّ جهد بشري مهما بلغ من الحسن فإنه يعتريه النقص، ذلك أنَّ الله أبى أن يكتمل كتاب سوى كتابه العزيز سبحانه في علاه.

ولعل هذه الدراسات المعاصرة التي ذكرتها من أهم الدراسات التي تناولت الموضوع بالبحث و الدراسة والتي يظهر أنها تناولت هذا الموضوع بشكل

مختصر في بعض الجزيئات، كما أن هناك قضايا في غاية الضرورة لأن تضاف لهذا الموضوع بمزيد من البحث والتنقيب، من أجل الوصول إلى الحق والصواب – بإذن الله– فأسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء على ما أناروا به الطريق لطلاب العلم بهذه الكتابات المباركة وأن ينفع بهم وأن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم. آمين.

منهج البحث

اتبعت المنهج الوصفي مفيدا من منهجي البحث العلمي الآخرين الإستنتاجي والاستقرائي وذلك وفق الخطوات التالية:

١– الرجوع إلى أُمّهات المصادر لجمع المادة العلمية، مع عدم إغفال المؤلفات الحديثة التي عنيت بمفردات هذا البحث أو بعضها.

٢– دارسة ما جمعت من مادة علمية وفق مناهج البحث العلمي بموضوعية، من غير تحيز لرأي معين أو مذهب معين، وذلك من خلال تحليل الأدلة، واستنباط الأحكام منها، ثم ترجيح ما يقويه الدليل، وبالتحقق من أقوال العلماء وعرضها بشكل دقيق بحيث تعطي الألفاظ مدلولاتها بشكل واضح.

٣– أخذ كل قول – أو رأي– للعلماء من كتبهم المعتمدة.

٤– توثيق الآيات القرآنية ببيان اسم السورة ورقم الآية.

٥– تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الرئيسة في كتب السنة، والحكم على كل حديث في غير البخاري ومسلم.

٦– الرجوع إلى المصادر اللغوية المعتبرة في معرفة معاني المصطلحات التي ترد في البحث.

٧– الترجمة لكل علم يرد في البحث؛ باستثناء الخلفاء الراشدين، والأئمة الأربعة، ومن اشتهر غيرهم من أصحاب النبي –ﷺ–.

٨– عرض النتائج والتوصيات.

٩– عمل فهارس تفصيلية لمحتويات البحث والآيات والأحاديث والأعلام المترجم لهم والمصادر والمراجع.

خطة البحث

اشتمل هذا البحث على مقدمة وفصل تمهيدي وبابين وخاتمة، على النحو الآتي:

*المقدمة وتشتمل على:

_ أهمية الموضوع.

_ أسئلة الدراسة.

_ أهداف البحث.

_ أسباب الاختيار.

_ الدراسات السابقة.

_ منهج البحث.

_ محتوى البحث: ويحتوي على فصل تمهيدي وبابين وخاتمة.

*الفصل التمهيدي؛ ويحتوي على مبحثين:

- المبحث الأول؛ تعريف التوثيق ونشأته وحكمه، ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التوثيق.

المطلب الثاني: نشأة علم التوثيق.

المطلب الثالث: حكم التوثيق.

- المبحث الثاني؛ تعريف بأبرز طرق التوثيق.

* الباب الأول:تعريف الكفالة ومشروعيتها وأركانها، ويحتوي على ثلاثة فصول:

* الفصل الأول:تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً والألفاظ ذات الصلة بهـا، ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الكفالة لغةً.

المبحث الثاني: تعريف الكفالة اصطلاحاً.

المبحث الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالكفالة.

* الفصل الثاني: مشروعية الكفالة، ويحتوي على أربعة مباحث:
المبحث الأول: مشروعية الكفالة في القرآن الكريم.
المبحث الثاني: مشروعية الكفالة في السنة المطهرة.
المبحث الثالث: مشروعية الكفالة من الإجماع.
المبحث الرابع: مشروعية الكفالة من المعقول.

* الفصل الثالث: أركان الكفالة وشروطها ويحتوي على خمسة مباحث:
المبحث الأول: الصيغة.
المبحث الثاني: الكفيل.
المبحث الثالث: المكفول له.
المبحث الرابع: المكفول عنه.
المبحث الخامس: المكفول به.

* الباب الثاني: أنواع الكفالة، وصورها المعاصرة، ويحتوي على أربعة فصول:

* الفصل الأول: الكفالة بالمال، ويحتوي على خمسة مباحث:
المبحث الأول: أقوال العلماء في الكفالة بالمال.
المبحث الثاني: أحكام الكفالة بالمال وآثارها.
المبحث الثالث: التوكيل في الكفالة بالمال.
المبحث الرابع: انتهاء الكفالة بالمال.
المبحث الخامس: هل تصح الكفالة بالمال في الحدود والقصاص؟

* الفصل الثاني: الكفالة بالنفس ويحتوي على خمسة مباحث:
المبحث الأول: أقوال العلماء في الكفالة بالنفس.
المبحث الثاني: أحكام الكفالة بالنفس وآثارها.

المبحث الثالث: التوكيل في الكفالة بالنفس.
المبحث الرابع: انتهاء الكفالة بالنفس.
المبحث الخامس: هل تصح الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص؟

* الفصل الثالث: صور وأشكال للكفالة، ويحتوي على أربعة مباحث:
المبحث الأول: الكفالة المعلقة.
المبحث الثاني: الكفالة المضافة إلى المستقبل.
المبحث الثالث: الكفالة المؤقتة.
المبحث الرابع: ضمان الدَّرْك، وضمان المجهول.

* الفصل الرابع: صور معاصرة للكفالة ونظرة الشريعة الإسلامية إليها، ويحتوي على ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: الكفالة المصرفية وخطاب الضمان.
المبحث الثاني: الاعتمادات المستندية.
المبحث الثالث: التأمين التجاري.

*الخاتمة في نتائج البحث.
*الفهارس العامة.

الفصل التمهيدي؛ ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف التَّوثيق ونشأته وحكمه؛ ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التَّوثيق لغةً واصطلاحاً؛ ويحتوي على فرعين:
الفرع الأول: تعريف التَّوثيق لغةً.
الفرع الثاني: تعريف التَّوثيق اصطلاحاً.

المطلب الثاني: نشأة علم التَّوثيق.

المطلب الثالث:حكم التَّوثيق.

المبحث الثاني: تعريف بأبرز طرق التَّوثيق.

الفصل التمهيدي؛ ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف التَّوثيق ونشأته وحكمه، ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التَّوثيق لغةً واصطلاحاً ويحتوي على فرعين:

١. الفرع الأول: تعريف التَّوثيق لغة: مصدر وثَّقَ، ووثِقَ به يثقُ وثاقة وثقة: ائتمنه، وأنا واثق به وهو موثوق به وهي موثوق بها وهم موثوق بهم، والوثاقة مصدر الشيء الوثيق المحكم، والفعل اللازم يوثق وثاقةً، والوثاق اسم الإيثاق نقول أوثقته إيثاقاً ووثاقاً، والحبل أو الشيء الذي يوثق به وثاق، وأوثقه في الوثاق أي شده، قال الله -ﷻ- ﴿ فَشُدُّواْ ٱلْوَثَاقَ ﴾ [١].

والوثيقة في الأمر إحكامه والأخذ بالثقة، والجمع الوثائق، والوثيق: الشيء المحكم، ووَثقتُ الشيء توثيقاً فهو مُوثَّق، والوثيقة: الإحكام في الأمر، والمِيْثَاق "العهد" مِفْعَال من الوِثاق؛ وهو في الأصل حبل أو قيد يشد به الأسير والدّابة[٢].

٢. الفرع الثاني: تعريف التَّوثيق اصطلاحاً: تقوية الحق بصيانته عن التبديل والجحود، أو ضمان تحصيله[٣].

فالعلاقة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي علاقة شد وقيد وإحكام.

المطلب الثاني :نشأة علم التوثيق .

كان التَّوثيق ولا زال، وقد نشأ منذ الزمن الأول، وأخذ في التطور والظهور دهراً تلو الآخر؛ لذلك فإنَّ المتتبع لتاريخ التوثيق ومراحل تطوره يظهر له أنه

---

١ - سورة محمد آية (٤).

٢ - لسان العرب، للإمام العلامة محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري، اشتهر بنسبته لجَدِّهِ السَّابع – ابن منظور ت ٧١١هـ،(١٥/ ٢١٢-٢١٣)، طبعة ملونه، دار إحياء التراث العربي، مؤسسه التاريخ العربي بيروت لبنان، الطبعة الثالثة (١٤١٩هـ -١٩٩٩م)؛ مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي(١/٧٤٠). مكتبة لبنان ناشرون- بيروت، طبعة جديدة (١٤١٥هـ ١٩٩٥ م) تحقيق محمود خاطر.

٣ - التوثيق بالكتابة والعقود، الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري، ص(١٣)، دار ابن الجوزي –القاهرة، مكتبة دنديس- الضفة الغربية- الطبعة الأولى(١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م) ؛ التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر محمود إسماعيل، ص/(٢) رسالة ماجستير غير منشورة.

كان موجوداً منذ القدم على أشكاله المختلفة، ومن ثم أخذ يتطور حتى أصبح على أشكالٍ حديثة متعددة، فَذُكِرَ أنَّ أول من كتب نبيُّ الله آدم–عليه السلام– وذكر البعض أنَّ إدريس –عليه السلام– هو أول من خط بالقلم، وكذلك وثَّق نبيُّ الله سليمان–عليه السلام– بالكتابة[1]، كما ذكر ذلك الله -سبحانه وتعالى- في كتابه العزيز، قال الله – سبحانه وتعالى- : ﴿ ٱذْهَب بِّكِتَٰبِى هَٰذَا فَأَلْقِهْ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّ عَنْهُمْ فَٱنظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ ﴾[2].

ومن ثم تميزت الأمم من بعد ذلك في حفظ أمورها وتوثيقها، لكل واحدة منها طريقتها الخاصة في التَّوثيق ، منهم السومريون الذين استوطنوا جنوب العراق وعلى ضفاف الخليج العربي، فابتدعوا أول وسيلة للتدوين، وهي صناعة قوالب من طين أحدثوا عليها خُدوشاً معينة ثم تُجفف تحت أشعة الشمس أو تُشوى في النار فتصير فخاراً، وذلك منذ نحو خمسة آلاف عام. ثم سار على الدرب قدماء العراق، ثم المصريون الذين شاع عندهم تحرير الصكوك، والذي كان مطلوباً عندهم كقاعدة عامة للإثبات، وبعد وذلك اتّجهوا إلى رفع الدعوى مكتوبةً، واتخذوا وسائل مختلفة للقيام بتثبيت وحفظ الشؤون الإدارية للمحاكم[3].

وأما عرب الجاهلية في الجزيرة العربية فكانوا دون الآخرين في مستوى التوثيق، إلا أنهم قاموا بتوثيق العقود التي كانت تجري بينهم والعهود والمواثيق وأوامر ملوكهم؛ ومن ذلك صحيفة قريش التي تعاهدوا فيها على مقاطعة بني هاشم وعُلِّقت في جوف الكعبة[4].

---

١ – أدب الدنيا والدين، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، (ص(٦٠–٦١) دار مكتبة الحياة؛ عيون الأخبار، لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، (١ / ١٣٠)، نسخة مصورة عن طبعة دار الكتب، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري ص(٢٦).

٢ – سورة النمل آية (٢٨).

٣ – التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري،(ص(٢٦ومابعدها)؛التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر(ص(١٧–٢١).

٤ – أدب الدنيا والدين، الماوردي،(ص(٦٠–٦١)،التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظّار عبد القادر(ص(١٧–٢١).

ولما جاء الإسلام اهتم اهتماماً مرموقاً بالقراءة والكتابة، فكان أول ما نــزل من القرآن الكريم، قول الله -ﷻ-:﴿ ٱقۡرَأۡ بِٱسۡمِ رَبِّكَ ٱلَّذِي خَلَقَ ۝١ خَلَقَ ٱلۡإِنسَٰنَ مِنۡ عَلَقٍ ۝٢ ٱقۡرَأۡ وَرَبُّكَ ٱلۡأَكۡرَمُ ۝٣ ٱلَّذِي عَلَّمَ بِٱلۡقَلَمِ ۝٤ عَلَّمَ ٱلۡإِنسَٰنَ مَا لَمۡ يَعۡلَمۡ ۝٥ ﴾[1].

فاهتم الرسول-ﷺ- والصحابة من بعده بالكتابــة وتعليمهــا؛ ففــي حيــاة الرسول-ﷺ- أمَر بتدوين وتوثيق القرآن الكريم على ما تيسر لديهم مــن أدوات، ولقد تميّز المسلمون في ذلك تميّزاً باهراً مميزا لهم عن غيرهم من الأمم؛ وذلــك بالشروط الدقيقة التي وضعوها، وخاصة في مجال السنة النبوية؛ بوضعهم نظامــاً متميزاً في قبول الروايات، مما أظهر لهم تفرداً يبين تميّزهم في هذا المجال، ودقة توثيقهم للسنَّة النَّبوية حتى أصبحوا السادة في مجال التَّوثيق[2].

وهكذا اهتم الفقهاء والعلماء ومن جاء بعدهم بالتوثيق وطرق التوثيق، وأخــذوا يهتمون بالمحاضر والسجلات والصكوك والوثائق، فكانت المحصلة نــشوء علــم الشروط -علم التوثيق بشكل عام- وكان من السابقين لهذا الفن؛ الإمام أبو حنيفــة النُّعمان- رحمة الله - وتبعه عدد من أهل العلم في ذلك، منهم أبو إسحاق إبراهيم ابن أحمد المروزي؛ صاحب كتاب "الشروط والوثائق"[3]، وكذلك أبــو عبــد الله

[1]- سورة العلق آية (١-٥).

[2]- البرهان في علوم القرآن، محمد بن عبد الله الزركشي،(٢٤١/١)، تحقيق محمد أبــو الفــضل إبــراهيم؛ التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر ص(١٧-٢١)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتــوري ص(٢٦ وما بعدها).

[3]- أبو إسحاق المروزي؛ إبراهيم بن أحمد المروزي، اشتغل ببغداد دهرا، وصنَّف التصانيف، وتخــرج بــه أئمة؛ كأبي زيد المروزي، وانتهت إليه رئاسة المذهب.ثم إنه في أواخر عمره تحول إلى مصر، فتوفي بها في رجب في تاسعه، وقيل في حادي عشرة سنة أربعين وثلاث مئة، ودفن عند ضريح الإمام الــشافعي، ولعلــه قارب سبعين سنة. طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي، (١٤٤/١) هذبه؛ محمد بن جلال الدين المكرم_ابــن منظور- تحقيق إحسان عباس، ط(١)، ١٩٧٠م، دار الرائد العربي، بيروت-لبنان؛ الفهرســت، محمــد بــن إسحاق أبو الفرج النديم(٢٩٩)، دار المعرفة، للطباعة والنشر، بيروت-لبنان.

محمد بن شجاع الثَّلجي؛ صاحب كتاب"الشروط والمحاضر والسجلات والوثـائق والعهود"[1].

وتوالت الأزمان حتى العصر الحاضر الذي شرع فيه العلماء الجهابذة في العناية بعلم التوثيق وتمييزه عن سائر العلوم، أمثال الشيخ علي قراعة، والشيخ علي حيدر وغيرهم ممن وفقوا في هذا المجال، فجزاهم الله خيراً على ما قدموه من علم وعمل للدين الإسلامي وأبنائه[2].

المطلب الثالث:حكم التوثيق.

التَّوثيق مشروع بالكتاب والسنة والمعقول، ومن الأدلة التي تبين مشروعية التَّوثيق من الكتاب ما يأتي:

١- قال الله-ﷻ-: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ

---

[1]- ابن الثَّلجي، أبو عبد الله محمد بن شجاع الثلجي.مبرز على نظرائه من أهل زمانه.وكان فقيهاً ورعاً. وهو الذي فتق فقه أبى حنيفة، واحتج له واظهر علله وقواه بالحديث وحلاه في الصدور.طبقات الفقهاء، الشيرازي، (١٤٠/١)،الفهرست، ابن النديم (٢٩١)؛ هدية العارفين، إسماعيل باشا البغدادي، طبع بعناية وكالة المعارف الجلية في مطبعتها البهية، استانبول، ١٩٥٥م، مكتبة المثنى،(١٧/٢).

[2]- التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر ص(٣٤).

كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِن تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقٌۢ بِكُمْ ۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُ ۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾[1].

فقد حثَّ الله-ﷻ- في الآية الكريمة عباده على توثيق الدَّين، فدلَّ على مشروعية التَّوثيق، فكل تصرف صحيح مستوفٍ لشروطه يدخله التَّوثيق، إذ التَّوثيق يؤكد الحقوق لأصحابها ويسهل لهم الوصول إليها عند التنازع والتجاحد، يقول الجصاص[2] :" في الآية الأمر بالإشهاد إذا صحت المداينة، وقول الله-ﷻ- :﴿ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ ۚ ﴾[3]، فيه أمر لمن تولى كتابة الوثائق بين الناس أن يكتبها بالعدل بينهم. وقول الله-ﷻ- :﴿ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُ ۚ ﴾[4]، قال -رحمهُ الله-: يعني -والله أعلم- ما بيَّنهُ من أحكام العقود الصحيحة والمداينات الثابتة الجائزة لكي يحصل لكل واحد من المتداينين ما قصد من تصحيح عقد المداينة"[5].

٢- قال الله-ﷻ-: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ۖ ﴾ [6].

فحثَّ الله-ﷻ- على مكاتبة الرَّقيق ولزوم إجابته إلى طلب المكاتبة إن علم مالكه أنه على خير وصلاح وتقوى، وفي هذا دليل على مشروعية التوثيق، وكتابة الحقوق لحفظها[7].

١- سورة البقرة، آية (٢٨٢).

٢ - أحمد بن علي الرازي، أبو بكر الجصاص: فاضل من أهل الرأي، سكن بغداد،ومات فيها.انتهت إليه رئاسة الحنفية.وخوطب في أن يلي القضاء فامتنع. وألف كتاب (أحكام القرآن) وغيره (٣٠٥ - ٣٧٠ هـ). طبقات الفقهاء، الشيرازي،(١/١٤٤).

٣- سورة البقرة، آية (٢٨٢).

٤- سورة البقرة، آية (٢٨٢).

٥ - أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الجصاص، (٢/٢٠٩)، دار إحياء التراث العربي - بيروت ط١٤٠٥هـ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي.

٦ - سورة النور، آية (٣٣).

٧ - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، محمد الألوسي أبو الفضل،(١٨/١٨٦)، دار إحياء التراث العربي- بيروت.

ومن الأدلة من السنة النبوية التي تدل على مشروعية التوثيق ما يلي:

١- حديث عائشة – رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله –ﷺ-:" لا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ"[١].

٢- كُتُبُ رسول الله-ﷺ- إلى الملوك؛ والمعاهدات التي عقدها، وكتابه لأهالي نجران، وكثير غيرها[٢].

وأما مشروعية التوثيق من المعقول؛ فقد شرع الله-ﷻ- لنا توثيق كل تصرف مشروع لاحتياج الناس إليه في معاملاتهم خشية جحد الحقوق وضياعها، ولقطع سبل المنازعة فإن الوثيقة تصير حكماً بين المتعاملين ويرجعان إليها عند المنازعة فتكون سبباً لتسكين الفتنة ولا يجحد أحدهما حق صاحبه مخافة أن تخرج الوثيقة ويشهد الشهود عليه بذلك فيفضح أمره بين الناس، وللتحرز عن العقود الفاسدة؛ لأن المتعاملين ربما لا يهتديان إلى الأسباب المفسدة للعقد ليتحرزا عنها فيحملهما الكاتب على ذلك إذا رجعا إليه ليكتب، ولرفع الارتياب فقد يشتبه على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار البدل ومقدار الأجل فإذا رجعا إلى الوثيقة لا يبقى لواحد منهما رِيْبة[٣].

ومع أن التوثيق مشروع و مندوب إلا أنه قد يكون حراماً لغيره، إذا كان توثيقاً لأمر محرَّم؛ ولذلك صور متعددة، كتوثيق العطية لأحد الأبناء دون غيره دون إذنهم، وتوثيق البيع الفاسد، أو إذا فقدت شروط الوثائق المعروفة عند الفقهاء، أو أن يكون التوثيق مخالفا لأمر الشَّرع، فإذا كان المدين معسرا غير قادر على أداء

---

[١]- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم التميمي البستي(ح٤٠٧٥)، مؤسسة الرسالة، بيروت- ط(٢)(١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، تحقيق شعيب الأرنؤوط. قال الأرنؤوط إسناده حسن.

[٢]- كتاب الخراج، للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، (ص(٧٢)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان.

[٣]- الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، المعروف بشرح ميارة، محمد بن أحمد الفاسي(ميارة)، دار المعرفة(٨/١)، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، (١٤/١٣٥).

الدين لا يجوز حبسه، لقول الله -ﷻ-:﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [1]، كذلك لا يحبس الوالد بدين الولد لقول الله-ﷻ-: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾[2]، وقول الله -ﷻ-:﴿ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ﴾[3][4].

ومن الأدلة على عدم جواز توثيق التصرفات الباطلة ما يأتي:

١- خبر الصَّحيحين {عَنْ النُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ[5] أَنَّ أُمَّهُ بِنْتَ رَوَاحَةَ سَأَلَتْ أَبَاهُ بَعْضَ الْمَوْهِبَةِ مِنْ مَالِهِ لِابْنِهَا فَالْتَوَى بِهَا سَنَةً ثُمَّ بَدَا لَهُ فَقَالَتْ: لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهِدَ رَسُولَ اللَّهِ-ﷺ- عَلَى مَا وَهَبْتَ لِابْنِي فَأَخَذَ أَبِي بِيَدِي وَأَنَا يَوْمَئِذٍ غُلَامٌ فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ-ﷺ- فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ: إِنَّ أُمَّ هَذَا - بِنْتَ رَوَاحَةَ- أَعْجَبَهَا أَنْ أُشْهِدَكَ عَلَى الَّذِي وَهَبْتُ لِابْنِهَا. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ-:" يَا بَشِيرُ أَلَكَ وَلَدٌ سِوَى هَذَا" قَالَ: نَعَمْ فَقَالَ-ﷺ-:" أَكُلَّهُمْ وَهَبْتَ لَهُ مِثْلَ هَذَا"، قَالَ: لَا. قَالَ-ﷺ-:" فَلَا تُشْهِدْنِي إِذًا، فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ"}[6].

يقول الجصاص مبيناً عدم جواز توثيق التصرفات الباطلة:" أما التصرفات الباطلة فالأصل فيها أن الإقدام عليها حرام، ويأثم فاعلها لارتكابه المعصية

١- سورة البقرة آية (٢٨٠).

٢- سورة لقمان آية (١٥).

٣- سورة الإسراء آية (٢٣).

٤ - المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي،(١٦/١٣٠-١٣١)، دار المعرفة؛ المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب الإسلامي،(٦/٩٢-٩٣)؛ مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيباني، دار المكتب الإسلامي؛ الموسوعة الفقهية الكويتية(١٤/١٣٥-١٣٩).

٥ - النُّعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري، وأمه عَمرة بنت رَواحة، أخت عبد الله بن رواحة، ولد قبل وفاة النبي -ﷺ- بثماني سنين وقيل بستّ، والأول أصح؛ لأنّ الأكثر على أنه ولد هو وعبد الله بن الزبير عام اثنتين من الهجرة في ربيع الآخر على رأس أربعة عشر شهراً من مقدَم رسول الله -ﷺ- المدينة، وهو أولُ مولدٍ ولد للأنصار بعد الهجرة. الإصابة في تمييز الصحابة،احمد ابن حجر العسقلاني،(٦/٤٤٠)، دار الجيل – بيروت، تحقيق محمد علي البجاوي، ط(١) ١٤١٢هـ.

٦ - صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة،ح (٣٠٥٩).

بمخالفته المشروع ، وبالتالي يكون توثيق هذه التصرفات حراما؛ إذ وسيلة الشيء تأخذ حكمه ، ثم إنه لا فائدة من توثيق التصرفات الباطلة لأنها مفسوخة شـرعا، ولا يترتب عليها آثارها كما تترتب على التصرفات الصحيحة. كذلك أبى رسـول الله -ﷺ- أن يشهد على تصرف جائر فامتنع من الشهادة على هبة بشير بن سعد ابنه النُّعمان؛ لأنه لم يعدل بين أولاده في العطية. وفـي الحـديث أن بـشيرا ردَّ عطيته"[1].

ويقول الدسوقي[2]: " البيع الفاسد والقرض الفاسد إذا شرط فيه رهـن فدفعـه المشتري أو المقترض فإن الرهن يكون فاسدا، ويجب علـى المـرتهن أن يـرده للراهن؛ لأن الرهن هنا مبني على البيع الفاسد، والمبني على الفاسد فاسـد. وإذا كان التَّوثيق لا يَرِدُ إلا على التصرفات الصحيحة، فإن من التصرفات ما يجوز أن تجمع أكثر من توثّيق، ومنها ما يوثَّق بأمر واحد فقط" [3].

٢- قال الله-ﷻ-:﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ ﴾[4].

٣- قال الله-ﷻ-:﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥ ﴾ [5].

٤- قال الله-ﷻ-:﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ [6].

---

١ - أحكام القرآن، الجصاص(٢/٢٠٩).

٢ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، من علماء العربية، من أهل دسوق (بمـصر)، تعلـم وأقـام وتوفي بالقاهرة. وكان من المدرسين في الأزهر. له كتب، منها (الحدود الفقهية) في فقـه الإمـام مالـك، و (حاشية على مغني اللبيب و (حاشية على السعد التفتازاني)، و (حاشية على الشرح الكبيـر علـى مختـصر خليل) فقه، و(حاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين)، معجم المؤلفين، تراجم مصنفي الكتب العربية، عمر رضا كحالة، (٨/٢٩٢)، مكتبة المثنى- لبنان-، ودار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان-.

٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسـوقي،(٣/٢٤٠)، دار إحيـاء الكتـب العربية.

٤- سورة المائدة آية (٣).

٥- سورة الطلاق آية (١).

٦- سورة البقرة آية (٢٢٩).

٥- قال رسول الله-ﷺ-:" مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ "[١].

وجه الاستدلال من الأدلة السابقة؛ أن كل من يوثق تصرفاً غير مشروع، يُعد متعدياً لحدود الله، محدثاً في الدين، مدعياً عدم كماله، ومن يتجاوز حدود الله التي حدها لخلقه فقد ظلم نفسه، وأكسبها وزراً فصار بذلك لها ظالماً وعليها متعدياً[٢].

ويقول الدسوقي:" يبطل الضمان إذا كان المتحمل به فاسدا كما لو كان رِباً كما لو قال شخص لآخر : ادفع لهذا دينارا في دينارين لشهر، أو ادفع له دراهم في دنانير إلى شهر، وأنا حَمِيْلٌ بذلك (أي كفيل) فالحمالة باطلة ولا يلزم الضامن شيء مطلقا. وكبيع السلعة بثمن مؤجل لأجل مجهول أو معلوم، أو كان البيع وقت نداء الجمعة – عند من يرى بطلانه – فإذا ضمن ذلك الثمن إنسان فالضمان باطل، ولا يلزم الضامن شيء، وكما إذا كانت الحمالة بجعل فهي فاسدة؛ لأن شرط الحمالة أن تكون لله، فإذا كانت بمقابل لا يعتد بها"[٣].

فأي تصرف باطل لا يجوز توثيقه بأي صورة من صور التوثيق، فيحرم التوثيق لا لذاته، بل تأتي حرمته من اقترانه بمُحرَّم، فيحرم توثيق التصرفات الباطلة، كالصور التي مرّ ذكرها أو غيرها من الصور.

المبحث الثاني: تعريف بأبرز طرق التوثيق.

قد يكون التوثيق بعقد أو بغير عقد[٤]:

١- التوثيق بعقد: وهو ما يسمى عقود التَّوثيقات كالرَّهن والكفالة والحوالة.

٢- التوثيق بغير عقد: كالكتابة، والإشهاد، واحتباس المبيع.

١- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ح(٢٤٩٩).

٢- جامع البيان في تفسير القرآن؛ محمد بن جرير الطبري،(٨٧/١٢)، دار المعرفة، بيروت- لبنان،١٤٠٧هـ-١٩٨٧م؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري ص(١٦).

٣- حاشية الدسوقي،(٣٤٠/٣).

٤ – الموسوعة الفقهية الكويتية (١٣٩/١٤)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري (ص١٤).

فالتوثيق قد يكون بمال كالرَّهن، أو قد يكون في الذِّمة كالكفالة.

ومن أبرز طرق التَّوثيق ما يلي[1]:

١-التَّويثق بالكتابة.

٢-التَّوثيق بالشَّهادة.

٣-التَّوثيق بالرَّهن.

٤-التَّوثيق بالكفالة.

٥-التَّوثيق بالحَوالة.

٦-التَّوثيق بالحَبْس.

٧-التَّوثيق بالاحتبَاس.

٨-التّوثيق بالحَجْر.

٩-التَّوثيق بالمنع من السَّفر.

١٠-التَّوثيق بالسُّفْتَجَة.

١- التَّويثق بالكتابة:

أولى هذه الطرق؛ الكتابة، فما المقصود بالكتابة لغةً واصطلاحاً؟ وهل هي مشروعة؟.

الكتابة لغةً: هي الخَطُّ، والكتابة مشتقة من الكَتْب، أي الجمع، وسمي الكتاب كتاباً؛ لأنه يجمع الحروف، والكَتِيْبَةُ كَتِيْبَةً؛ لأنها تجمع الجيوش، ويقال كتبتُ الشيء كتْبَاً وكتاباً وكتابةً؛ ضممت بعضه إلى بعض[2].

الكتابة اصطلاحاً: رسوم وأشكال حرفية تدل على الكلمات المسموعة الدَّالة على ما في النَّفس[3].

---

١ - التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص١٤)؛ التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر(ص(٣- ١٥).

٢ - لسان العرب، ابن منظور (٢٢/١٢).

٣- مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن خلدون، تحقيق الدكتور حامد أحمد الطاهر، دار الفجر للتراث، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

مشروعية التَّوثيق بالكتابة:

ثبتت مشروعية التَّوثيق بالكتابة بالقرآن والسنَّة والإجماع والقياس والمعقول:

أ- القرآن الكريم:

١- قال الله -ﷻ-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ﴾[١].

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أولاً: أن الله -ﷻ- أمر بالكتابة، والأمر بها دليل مشروعيتها، فهو إما للوجوب أو الندب أو الإباحة[٢].

ثانياً: نهى الكاتب عن الامتناع عن الكتابة، والنهي عن الامتناع عن الكتابة دليل على الأمر بها؛ لأن النهي عن الشيء أمر بضده[٣].

١- سورة البقرة، آية (٢٨٢).

٢- الأم، محمد بن إدريس الشافعي، (٨٩/٣) دار المعرفة؛ أحكام القرآن، محمد بن عبد الله الأندلسي،(ابن العربي)،(٣٢٨/١)، دار الكتب العلمية؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري (ص ١٠٩)؛ التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر(٥٢).

٣- الفصول في الأصول، أبو بكر بن علي الرازي الجصاص،(١٦١/٢)، وزارة الأوقاف الكويتية؛ شرح التلويح على التوضيح، مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح بمصر(٤٣١/١)؛الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر الزرّعي(ابن قيم الجوزية)،(ص(٨٢)، دار إحياء العلوم، بيروت، قدم له وراجعه وعلق عليه الشيخ بهيج الغزاوي؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص١٠٩).

٢- قال الله-ﷻ-:﴿ وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ ﴾ (١).

وجه الدلالة: أن الآية تأمر السيد بالاتفاق مع عبده أو أمته على إعتاقه على مال يتفق عليه إن كان العبد صالحاً وقادراً على الكسب، ولما كان هذا الاتفاق يُوثق بالكتابة أقره الشارع وسماه مكاتبةً(٢).

ب- السُّنَّة النبوية:

١- إذنُ النَّبيِّ-ﷺ- لبعض الصحابة بكتابة الحديث الشريف، فعن أبي هريرة-ﷺ- (٣) قال": لَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِه-ﷺ- مَكَّةَ قَامَ فِي النَّاسِ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ:" إِنَّ اللَّهَ حَبَسَ عَنْ مَكَّةَ الْفِيلَ وَسَلَّطَ عَلَيْهَا رَسُولَهُ وَالْمُؤْمِنِينَ فَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ كَانَ قَبْلِي وَإِنَّهَا أُحِلَّتْ لِي سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ وَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ بَعْدِي فَلَا يُنَفَّرُ صَيْدُهَا وَلَا يُخْتَلَى شَوْكُهَا وَلَا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إِمَّا أَنْ يُفْدَى وَإِمَّا أَنْ يُقِيدَ-أي يقتصَّ من القاتل- "، فَقَالَ الْعَبَّاسُ(٤):" إِلَّا الْإِذْخِرَ فَإِنَّا نَجْعَلُهُ لِقُبُورِنَا وَبُيُوتِنَا"، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ-:" إِلَّا الْإِذْخِرَ"، فَقَامَ أَبُو شَاةٍ-رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ- فَقَالَ:" اكْتُبُوا لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ"، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ-:"اكْتُبُوا لِأَبِي شَاهٍ "(٥).

فلولا مشروعية التوثيق بالكتابة لما أمر الرسول-ﷺ- الصَّحابة بالكتابة، لأبي شاة، فدل ذلك على مشروعية التوثيق بالكتابة.

١- سورة النور آية (٣٣).

٢- أحكام القرآن، محمد بن إدريس الشافعي،(٢/١٦٨-١٦٩)، دار الكتب العلمية؛ أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري(٤/٤٧٢)، دار الكتاب الإسلامي؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص ١١٠)؛ التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر(٥٣).

٣ – عبد الرحمن بن صخر الدَّوسيّ، الملقب بأبي هريرة: صحابي، كان أكثر الصحابة حفظا للحديث ورواية له، نشأ يتيما ضعيفا في الجاهلية، وقدم المدينة ورسول الله-ﷺ- بخيبر، فأسلم سنة ٧هـ، توفي بالمدينة. الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني،(٤/٣١٦).

٤ – العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، أبو الفضل، من أكابر قريش في الجاهلية والإسلام، وَجَدُّ الخلفاء العباسيين، أسلم قبل الهجرة، وكتم إسلامه. الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني(٣/٦٣١).

٥ – صحيح البخاري، البخاري، ح (٢٢٥٤)، كتاب في اللقطة، باب كيفية تعرف لقطة أهل مكة.

٢- وعن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ- رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا-[١] أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ-ﷺ- قَالَ:" مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ"[٢].

وهذا الأمر من النبي-ﷺ- يبين مشروعية التوثيق بالكتابة ويحثُّ عليه.

٣- وعن عَائِشَةَ - رضي الله عنها- قَالَتْ قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ- فِي مَرَضِهِ-:" ادْعِي لِي أَبَا بَكْرٍ أَبَاكِ وَأَخَاكِ حَتَّى أَكْتُبَ كِتَابًا فَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يَتَمَنَّى مُتَمَنٍّ وَيَقُولُ قَائِلٌ أَنَا أَوْلَى وَيَأْبَى اللَّهُ وَالْمُؤْمِنُونَ إِلَّا أَبَا بَكْرٍ"[٣].

فالأحاديث السابقة صريحة في بيان مشروعية التوثيق بالكتابة.

ج- الإجماع:

أجمعت الأمة سلفاً وخلفاً، على مشروعية التوثيق بالكتابة، مستندين إلى الكتاب والسنة، وقد ثبتت عنهم المعاملات العديدة من عهد رسول الله-ﷺ- ومن ثم مع تتابع الأزمان ومرور العصور حتى عصرنا هذا من غير إنكار عليهم[٤].

د- القياس:

أمرنا الله-ﷻ-، بكتابة الديون المؤجلة والإشهاد عليها، والعلة في الأمر هي قطع المنازعات، وصيانة الحقوق والأموال وحفظها، ودفع سبل الريبة والشك والوساوس، وهذه العلة موجودة في الديون المؤجلة وسائر التصرفات والعقود والالتزامات والمعاملات، فتقاس هذه على الديون المؤجلة[٥].

١- أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي، السيد الفقيه القدوة، استصغر يوم أحد. وقد عُين للخلافة يوم الحكمين مع وجود علي والكبار-ﷺ- وقال سعيد بن المسيب يوم مات ابن عمر: ما بقي في الأرض أحد أحب إلي أن ألقى الله بمثل عمله منه، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني(١٨١/٤).

٢ - صحيح البخاري، البخاري ح(٢٥٣٣)، كتاب الوصايا ، باب الوصايا.

٣ - صحيح مسلم، الإمام مسلم، ح(٤٣٩٩) كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل أبي بكر الصديق.

٤ - المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة،(٤١١/٩)، دار إحياء التراث العربي، التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر(٦١).

٥- أحكام القرآن، الجصَّاص،(٢٠٨/٢)، التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص ١١٠)،التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية ،نظار عبد القادر(٦٣).

٢-التَّوثيق بالشهادة.

من الطرق المعمول بها في مجال التوثيق وتحتل مكانة عالية القدر؛ الشهادة. فما المقصود بها؟ وما مدى مشروعيتها؟.

الشهادة لغةً: للشهادة في اللغة معانٍ عديدة منها؛ الخبر القاطع، والحضور والمعاينة، والقَسَمْ، والإقرار، وكلمة التوحيد، والموت في سبيل الله. يقال شهد بكذا: إذا أخبر به، وشهد كذا: إذا حضره، أو عاينه إلى غير ذلك. وقد يُعدَّى الفعل (شَهِدَ) بالهمزة، فيقال: أشهدته الشيء إشهاداً، أو بالألف، فيقال: شاهدته مشاهدةً، مثل عاينتهُ، وزنا ومعنى. ومن الشهادة بمعنى الحضور: قول الله -ﷻ-:﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ ﴾[1]؛ فمعنى شهد في هذه الآية: حضر[2]. ومن الشهادة بمعنى المعاينة: قول الله -ﷻ-:﴿ وَجَعَلُواْ ٱلۡمَلَٰٓئِكَةَ ٱلَّذِينَ هُمۡ عِبَٰدُ ٱلرَّحۡمَٰنِ إِنَٰثًاۚ أَشَهِدُواْ خَلۡقَهُمۡۚ سَتُكۡتَبُ شَهَٰدَتُهُمۡ وَيُسۡـَٔلُونَ ﴾[3]، ومن الشهادة بمعنى القسم أو اليمين: قول الله-ﷻ-:﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾[4]. ومن الشهادة بمعنى الخبر القاطع: قول الله-ﷻ-: ﴿ وَمَا شَهِدۡنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمۡنَا ﴾[5]، واستعمالها بهذا المعنى كثير،ومن الشهادة بمعنى الإقرار: قول الله-ﷻ-:﴿ شَٰهِدِينَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِم بِٱلۡكُفۡرِ ﴾[6]، أي مُقِرّين فإن الشهادة على النفس هي الإقرار. وتطلق الشهادة أيضا على كلمة التوحيد (وهي قولنا: لا إله إلا الله) وتسمى العبارة: (أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله) بالشهادتين. ومعناهما

---

[1]- سورة البقرة آية (١٨٥).

[2]- تفسير أبي السعود(إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم)، (٢٠٠/١)، دار إحياء التراث العربي- بيروت-.

[3]- سورة الزخرف آية، (١٩).

[4]- سورة النور آية، (٦).

[5] - سورة يوسف آية، (٨١).

[6] - سورة التوبة آية، (١٧).

هنا متفرع عن مجموع المعنيين (الإخبار والإقرار)، فإن معنى الشهادة هنا هو الإعلام والبيان لأمر قد عُلم، والإقرار؛ الاعتراف به[1].

الشهادة اصطلاحاً: تتعدد التعريفات الاصطلاحية للشهادة بتعدد المذاهب والأنظار ولعلي أذكر تعريفاً جامعاً مانعاً لها هو:" إخبار الشخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد"[2].

مشروعية الشهادة:

ثبتت مشروعية الشهادة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

١- من الكتاب:

١- قول الله-ﷻ-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ﴾[3].

---

[1] – لسان العرب، ابن منظور (٢٢٣/٧)، الموسوعة الفقهية الكويتية، (٢١٤/٢٦).

[2] – وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، د محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ١٩٩٤م، (١٠٦/١).

[3]– سورة البقرة آية (٢٨٢).

فالآية صريحة في الأمر بالإشهاد على البيع والمداينة لضبط التعامل ومنع الحقوق من الضياع، ولو لم تكن الشهادة مشروعة لإثبات الحق أمام القضاء لما أمر الله بها، فدل على أنها مشروعة كطريق من طرق إثبات الحقوق[1].

٢- قول الله-ﷻ-:﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ۖ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ ۗ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾[2].

ففي هذه الآية النهي عن كتمان الشهادة، وهو أمر بأدائها وإقامتها، وقد بيَّن الله-ﷻ- إثْمَ كاتم الشَّهادة، وخصَّ القلب بذلك؛ لأنه محل اكتساب الآثام والأجور[3].

٢-السنَّة النَّبوية:

ثبتت الأحاديث الكثيرة الدَّالة على مشروعية التوثيق بالشهادة فمن هذه الأحاديث:

١-عن الأشعث بن قيس-ﷺ-[4] قال:" كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِي شَيْءٍ فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ-ﷺ- فَقَالَ:" شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ"، فَقُلْتُ لَهُ:" إِنَّهُ إِذًا يَحْلِفُ وَلَا يُبَالِي"، فَقَالَ النَّبِيُّ-ﷺ-:" مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالًا وَهُوَ فِيهَا فَاجِرٌ لَقِيَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ" فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَصْدِيقَ ذَلِكَ هَذِهِ الْآيَةَ:﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْأَٰخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ

١- وسائل الإثبات، الزحيلي (١/١١٥).

٢- سورة البقرة آية (٢٨٣).

٣- وسائل الإثبات، الزحيلي (١/١١٦).

٤- الأشعث بن قيس بن معدي كرب بن معاوية بن جبلة بن عدي بن ربيعة بن معاوية بن الحارث الأصغر ابن الحارث الأكبر بن معاوية بن ثور بن مرتع بن معاوية بن ثور بن عفير بن عدي بن مرة بن أدد بن زيد الكندي وكندة هم ولد ثور بن عفير يكنى أبو محمد وأمه كبشة بنت زيد من ولد الحارث بن عمرو قدم على رسول الله -ﷺ- سنة عشرةهـ في وفد كندة وكان رئيسهم، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني(١/٨٧).

﴿لَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيۡهِمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمۡ وَلَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ﴾"[1][2].

٢-وعن وائل بن حُجْر[3] قال: "جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَمَوْتَ وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلَى النَّبِيِّ -ﷺ- فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ:" إِنَّ هَذَا قَدْ غَلَبَنِي عَلَى أَرْضٍ لِي كَانَتْ لِأَبِي"، فَقَالَ الْكِنْدِيُّ :"هِيَ أَرْضِي فِي يَدِي أَزْرَعُهَا لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ"، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ- لِلْحَضْرَمِيِّ:" أَلَكَ بَيِّنَةٌ"؟ قَالَ:" لَا"، قَالَ رسول الله-ﷺ-:" فَلَكَ يَمِينُهُ"، قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ:" إِنَّ الرَّجُلَ فَاجِرٌ لَا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ وَلَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ"، فَقَالَ رسول الله-ﷺ-:" لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ"، فَانْطَلَقَ لِيَحْلِفَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ- لَمَّا أَدْبَرَ-:" أَمَا لَئِنْ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا لَيَلْقَيَنَّ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ"[4].

فالحديثان صريحان في بيان مشروعية الشهادة.

٣-الإجماع: فقد أجمعت الأمة منذ العصر الأول من لدن رسول الله -ﷺ- وحتى العصر الحاضر على مشروعية التوثيق بالشهادة، وأنها حجة شرعية، حتى كأنها أصبحت معلومة من الدين بالضرورة، لا ينكرها منكر[5].

٤-المعقول: الشهادة ضرورية لقيام الحياة الاجتماعية وما يخالطها من أحداث، وما يصاحبها من وقائع مادية، ومعاملات وعلاقات عائلية، وكل ذلك

---

١ - سورة آل عمران آية(٧٧).

٢- صحيح البخاري، (ح٢٤٧٤) كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود.

٣- وائل بن حُجْر بن ربيعة بن وائل بن يعمر الحضرمي يكنى أبو هنيدة كان قيلاً من أقيال حضرموت وكان أبوه من ملوكهم وفد على رسول الله -ﷺ- ويقال: إنه بشر رسول الله -ﷺ- أصحابه قبل قدومه وقال يأتيكم وائل بن حجر من أرض بعيدة من حضرموت طائعاً راغباً في الله وفي رسوله وهو بقية أبناء الملوك فلما دخل عليه رحب به وأدناه من نفسه وقرب مجلسه وبسط له رداءه فأجلسه عليه مع نفسه على مقعده وقال:" اللهم بارك في وائل وولده وولد ولده"، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني(٥٩٦/٦).

٤- صحيح مسلم، ح(١٩٩)، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق المسلم بيمين فاجرة بالنار.

٥- وسائل الإثبات، الزحيلي (١١٨/١)؛ طرائق الحكم المتفق عليها والمختلف فيها في الشريعة الإسلامية، سعيد بن درويش الزهراني،(ص٤٣)، مطابع الصفا- مكة المكرمة- ط(٣)١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٢١٨/٢٦).

يحتاج إلى الشهادة في إثباتها وإلا ضاعت الحقوق، وانتُهكت الأعراض، وسفكت الدماء هدراً، فشرعت الشهادة لتحفظ الضرورات، ولتكون وسيلة وطريقة لتوثيق الحقوق وتيسير أمور وشؤون المسلمين[١].

٣- التَّوثيق بالرَّهن.

الرَّهْنُ طريقة من طرق التوثيق، فما المقصود بالرَّهن لغةً واصطلاحاً؟ وهل هو جائز شرعاً؟ وما هي أركانه؟

تعريف الرَّهن لغةً واصطلاحاً:

الرَّهْنُ لغةً: يقال رهَنْتُ فلاناً داراً رهناً. وارتَهَنَهُ: أخذه رهناً، والجمع رُهون ورِهانٌ ورُهُن، ورَهنهُ الشيءَ يرهنهُ رهناً، ورهنهُ عنده؛ كلاهما: جعله عنده رهناً.

والمُرتهن: الذي يأخذ الرهن، والشيء مرهونٌ ورَهِينٌ، والأنثى رهينةٌ، والرهينة واحدة الرهائن.

والرهن كالثُّبوت والدَّوام، يقال: ماءٌ راهن؛ أي راكد ونعمة راهنة؛ أي ثابتة دائمة، وكل شيء ثبت ودام فقد رَهَنْ. والرهن هو من الحبس قال الله -ﷻ-:﴿ كُلُّ ٱمْرِيٍٕ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ ﴾[٢]،وقال الله-ﷻ-:﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾[٣]، أي كل امرئ بما كسب مُحْتَبَس، و كل نفس محبوسة بكسبها[٤].

الرَّهن في الاصطلاح: المال الذي يُجعل وثيقةً بالدَّين ليُستوفى من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه[٥].

١- وسائل الإثبات، الزحيلي (١/١١٨).

٢ - سورة الطور آية، (٢١).

٣ - سورة المدثر آية، (٣٨).

٤ - لسان العرب، ابن منظور (٥/٣٤٨-٣٤٩).

٥ - المغني، ابن قدامة (٤/٣٦١)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية(٢٣/ ١٧٥).

مشروعية الرَّهن:

ثبتت مشروعية الرَّهن بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

١- الكتاب: قال الله -ﷻ-:﴿ وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ ﴾[١]، وتُقرأ: فَرُهُنٌ. والرِّهانُ: جمع رَهَنْ، والرُهُنُ: جمع الجمع، اسم فعل أمر أي فَرُهُنُ رهانٍ، وهي من صيغ الأمر، وأقل ما يفيد الأمر المشروعية؛ لأن الأصل فيه الوجوب؛ ويصرف إلى الندب أو الإباحة إذا اقترنت به قرينة[٢].

٢- السُّنَّة النبوية: عن عائشة -رضي الله عنها-:" أَنَّ النَّبِيَّ -ﷺ- اشْتَرَى طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ فَرَهَنَهُ دِرْعَهُ"[٣]. وعن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ-:" الرَّهْنُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ[٤].أي فالذي يستفيد من الرهن هو من يأخذ ناتجة.وعن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله-ﷺ- قال:" لا يَغلقُ الرَّهنّ من صاحبهِ الذي رَهَنَه له غُنْمُه وعليه غُرْمُه"[٥].

فالأحاديث السابقة صريحة في الدلالة على مشروعية الرَّهن.

٣- الإجماع: أجمع المسلمون على جواز الرَّهن في الجملة[٦].

---

١ - سورة البقرة آية، (٢٨٣).

٢ - كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري،(١١١/١)، دار الكتاب الإسلامي؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري (ص١٦٨).

٣ - صحيح البخاري، كتاب البيوع ، باب شراء الطعام إلى أجل، ح(٢٠٤٩).

٤- صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، ح(٢٣٢٩).

٥- سنن ابن ماجة، مجمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، دار الفكر- بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الرهون، باب لا يغلق الرهن/،ح(٢٤٤١) (٨١٦/٢)، مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، (ح(١٤٠١)،(٢٧٦/١). المكتب الإسلامي - بيروت-، ط(٢)١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، ح(٢٣١٥)(٥٨/٢)، دار الكتب العلمية - بيروت، ط(١)،١٤١١هـ - ١٩٩٠م، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، مع الكتاب تعليقات الذهبي في التلخيص. قال الذهبي: على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه؛ لاختلافهم على الزهري؛ مختصر إرواء الغليل، الألباني(٢٧٥/١)، ح(١٤٠٦).

٦ - المغني، ابن قدامة (٣٩٧/٤)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية،(١٧٥/٢٣).

٤- المعقول: حاجة الناس إليه؛ فالرهن يوثق الديون مالياً كما أن الكفالة تُوثقها شخصياً، وهو يفيد الدائن من حيث إنه يحفظ له حقه ويعطيه حق التقدم على سائر الدائنين، ويساعده في اكتساب ثقة الدائن[1].

حكم الرَّهن :

اتفق الفقهاء على أن الرهن جائز غير واجب، ودليلهم أن الرهن وثيقة بالدين فلم يجب كالضَّمان والكتابة، وأما قول الله-ﷻ-:﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌۖ ﴾[2]، فهو إرشاد للمسلمين لا إيجاب عليهم؛ بدليل قول الله -ﷻ-:﴿ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضًا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ ﴾[3]. وقياساً على الكتابة؛ لأن الرَّهن أمر به عند إعوازها ومعلوم أن الكتابة غير واجبة فكذلك بدلها[4].

أركان الرهن:

الركن الوحيد للرهن عند الحنفية؛ هو الصيغة- الإيجاب والقبول-[5].

أما الجمهور فيتفقون معهم في الصيغة كأحد الأركان، إلا أنَّ للرّهن عندهم أركاناً أخرى هي:

١-الرّاهن: وهو معطي الرهن.

٢-المُرْتَهِنْ: وهو آخذ الرهن.

٣-المَرْهُوْن: وهو ما يعطى من المال وثيقة للدَّين.

---

١ - المغني، ابن قدامة(٣٦٤/٤)؛ أحكام القرآن، الجصاص،(٧١٤/١)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(١٦٩-١٧٠).

٢ - سورة البقرة آية، (٢٨٣).

٣ - سورة البقرة آية (٢٨٣).

٤ - المغني، ابن قدامة (٣٩٧/٤).

٥ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ت(٥٨٧هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان،(١٩٥/٥).

٤-المَرْهُوْن به: وهو الدَّين[١].

٤-التوثيق بالحوالة.

سأتحدَّث عن الحوالة في الجوانب التالية بشكل موجز موف بالغرض - بإذن الله- وذلك بتعريف الحوالة، ومشروعيتها، وركنها، وصيغتها:

تعريف الحوالة :

الحوالة لغةً : من حال الشيء حولاً وحؤُوْلاً: تحوّل، وتحوّل من مكانه؛ انتقل عنه وحولتُه تَحْوِيْلاً؛ نقلته من موضع إلى موضع[٢].

وفي الاصطلاح عند الحنفية: نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم[٣].

وعرَّفها غير الحنفية: بأنها عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة[٤].

والحوالة بخلاف الكفالة، فالكفالة ضم في المطالبة وليست نقلاً، أما الحوالة فلا يطالب المدين بعد الحوالة بالاتفاق[٥].

---

١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، ت٥٩٥هـ،(٢٣٦/٥)، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان؛ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن محمد الشربيني الخطيب، ت(٩٧٧هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان،(٩١/٣)؛ كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ت١٠٥١هـ،(١٥٥١/٥-١٥٥٢)، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة-الرياض، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد.ط(٢)١٤١٨هـ-١٩٩٧م

٢- لسان العرب، ابن منظور (٤٠٥/٣).

٣- بدائع الصنائع، الكاساني،(١١/٥)؛المبسوط، السرخسي،(٢١/٧).

٤- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن(الحطاب)، دار الفكر (٢٨٧/١٤)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي،(٢٤٠/٢) دار الفكر؛ مغني المحتاج، الشربيني (١٩٩/٣)؛ المغني، ابن قدامة (٦٠٤/٤).

٥- المبسوط، السرخسي (١٦١/١٩-١٦٢)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، د.وهبة الزحيلي،(١٦٢/٥)، دار الفكر، ط(٣)،١٤١٩هـ، ١٩٨٩م.

مشروعية الحوالة:

الحوالة بالدَّين جائزة بالسنة والإجماع، استثناء من منع التصرف في الدَّين بالدَّين[1].

١- من السُّنَّة: قول الرسول-ﷺ-: عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ -رضي الله عنه- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- قَالَ:" مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتْبَعْ"؛ أي فلْيَحْتَلْ[2].

وجمهور العلماء على أن الأمر المذكور؛ أمر استحباب فلا يجب قبول الحوالة[3]، وقال الظاهرية: الأمر للوجوب فيجب على المُحَالِ قبول الحوالة[4].

٢- الإجماع: فقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة[5].

ركن الحوالة:

اتفق العلماء على أن الإيجاب والقبول ركن للحوالة، وهما الركن الوحيد عند الحنفية،[6] أما عند الشافعية[7]، والحنابلة، فأركان الحوالة هي: مُحيل (المدين)، ومحال(الدائن)، ومحال عليه، ودين للمحيل على المحال عليه، وللمُحال على المحيل، وإيجاب وقبول[8]. وعند المالكية خمسة؛ مُحيل، ومحال، ومحال عليه، ومحال به، وصيغة[9].

١- الفقه الإسلامي وأدلته، د.وهبة الزحيلي (١٦٣/٥).

٢- صحيح البخاري/كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، ح(٢١٢٥).

٣- بدائع الصنائع،الكاساني(٨/٥)، بداية المجتهد،ابن رشد(٢٩١/٥)؛ الأم، الشافعي،(٢٣٣/٣)؛ كشاف القناع، البهوتي(١٦١٤/٥)،

٤- المحلى بالآثار، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، (٣٩٣/٦)، دار الفكر.

٥- المغني، ابن قدامة (٥٧٦/٤).

٦- بدائع الصنائع، الكاساني (٨/٥).

٧- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي،(٢٢٧/٥-٢٢٨).دار إحياء التراث العربي.

٨- كشاف القناع، البهوتي(١٦١٤/٥).

٩- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد الصاوي (٤٢٣/٣-٤٢٤)، دار المعارف.

انتهاء الحوالة :

تنتهي الحوالة بأمور منها[١]:

١- فسخ الحوالة: إذا فسخت الحوالة يعود الحق للمحال في أن يطالب المحيل.

٢- أن يهلك حق المحال بموت أو إفلاس أو غيره؛ لأن الحوالة مقيدة بسلامة حق المحال له لأنه هو المقصود فصار كوصف السلامة في المبيع.

٣- أداء المحال عليه المال إلى المحال: وهذا أمر مُسلَّم، فإذا أدى المحال عليه المال انتهت الحوالة إذ أن حكمها قد انتهى.

٤- أن يهب المال للمحال عليه ويقبل الهبة.

٥- أن يتصدق المحال على المحال عليه، ويقبل الصدقة؛ لأن الهبة والصدقة في معنى الأداء.

٦- أن يُبْرَئ المحال عليه.

٧- أن يموت المحال ويرث المحال عليه مال الحوالة؛ لأن الإرث من أسباب الملك، فيملك المحال عليه الدين في هذه الحال.

٥- التَّوثيق بالحَبْسِ:

سأتحدث عن الحبس كطريقة من طرق التوثيق من خلال تعريف الحبس لغة واصطلاحاً، ومدى مشروعيته، وشروطه، والحالات التي يتم فيها الإفراج عن المحبوس في الدين.

تعريف الحبس لغةً واصطلاحاً:

الحبس لغةً[٢]: يأتي الحبس في اللغة بمعان عدة منها: الحبس بمعنى المنع و الإمساك؛ أي ضد التخلية، كما يأتي بمعنى الوقف، فيقال: (احتبس) فرساً في سبيل

١- بدائع الصنائع، الكاساني (١٢/٥)؛ المبسوط، السرخسي (٧٠/٢٠)؛ العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر،(٢٤١/٧-٢٤٥)؛ فتح القدير، كمال الدين بن عبد الواحد (ابن الهُمام)، دار الفكر (٢٤١/٧-٢٤٢)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٣٠/١٨).

٢ – لسان العرب، ابن منظور (١٩/٣-٢٠)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية(٢٨٢/١٦-٢٨٣).

الله بمعنى، وقف فهو(مُحتَبَس)، وهو مصدر حبس يحبس، كما يطلق الحبس في اللغة أيضاً على المكان المعد للحبس، وهو بذلك مرادف لكلمة السجن والتي تطلق على المكان المحدد لإيواء المحكوم عليه بعقوبة الحبس، قال الله -ﷻ-:﴿ وَدَخَلَ مَعَهُ ٱلسِّجْنَ فَتَيَانِ ﴾[١]. ومن المعاني اللغوية للحبس كذلك، الحَصْر: المنع والحبس. ومنه قول الله -ﷻ-:﴿ وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَٰفِرِينَ حَصِيرًا ﴾[٢]، أي سجناً وحبساً.

الحبس في الاصطلاح :

لفظ "الحبس" أو السجن بمعنى واحد؛ ويقصد به: تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه؛ سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكيل الخصم أو وكيله عنه، وملازمته له[٣].

مشروعية الحبس :

اتفق الفقهاء على مشروعية الحبس للنصوص والوقائع الواردة في ذلك[٤].

١- من الكتاب:

أ- قول الله -ﷻ-:﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْىٌ فِى ٱلدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾[٥].

١- سورة يوسف،آية (٣٦).

٢- سورة الإسراء، آية (٨).

٣- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية،جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، ط١٤١٦هـ-١٩٩٥م، (٣٩٨/٣٥)؛ فقه السنة، سيد سابق،(٣٣٩/٣). مكتبة الرشد، الرياض، ط(١)، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.

٤- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي ،(١٨٠/٤) ، دار الكتاب الإسلامي؛ فتح القدير، ابن الهمام، (٢٧٨/٧)؛ الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، أبو عبد الله، تقديم هاني الحاج، حققه وخرج أحاديثه، عماد زكي البارودي، وخيري سعيد،(٥-١٣٤/٦)، المكتبة التوفيقية.

٥- سورة المائدة، آية (٣٣).

وجه الدلالة؛ أن من المفسرين من رأى أن معنى النفي؛ الحبس، وقد أخذ بهذا الرأي الحنفية؛ لأن النفي حقيقة من الأرض لا يعقل وعليه يكون المقصود من النفي الحبس[1].

ب- قول الله -ﷻ-:﴿ تَحۡبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعۡدِ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾[2]؛ ففي هذه الآية إرشاد إلى حبس من توجب عليه الحق حتى يؤديه.

ج- وفي الحبس جاء قول الله -ﷻ-:﴿ وَخُذُوهُمۡ وَٱحۡصُرُوهُمۡ ﴾[3]، وتقدم أنّ من معاني الحبس؛ الحصر.

د- قال الله -ﷻ-:﴿ حَتَّىٰٓ إِذَآ أَثۡخَنتُمُوهُمۡ فَشُدُّواْ ٱلۡوَثَاقَ ﴾[4]، ففي هذه الآية الأمر بتقييد الأسير، وهو في الحقيقة محبوس ومسجون.

فمجموع الآيات السابقة يدل على مشروعية الحبس.

٢-السنة النبوية:

١- قول الرسول-ﷺ-:" لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ "[5]، ويقصد بحل العرض : إغلاظ القول والشكاية ، وبالعقوبة : الحبس[6].

١- تفسير القرآن العظيم، المعروف بتفسير ابن كثير، أبي الفداء؛ إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، ت٧٧٤هـ،(٨٩٦/٢)، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ط(١)،١٤١٩هـ-١٩٩٩هـ؛ تبيين الحقائق، الزيلعي(١٨٠/٤)؛ فتح القدير، ابن الهمام،(٢٧٨/٧).

٢- سورة المائدة، آية (١٠٦).

٣- سورة التوبة، آية (٥).

٤- سورة محمد، آية (٤).

٥- صحيح البخاري تعليقاً،كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب لصاحب الحق مقال، ح(١٤٣٤)؛ سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدَّين وغيره،ح(٣١٤٤)؛ مختصر إرواء الغليل، الألباني،(٢٨١/١)، ح(١٤٣٤)، قال الألباني: حديث حسن.

٦- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت٨٥٢هـ،(٧٨/٥)، دار السلام- الرياض، ط(١)،١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٢- رُوي" أَنَّ النَّبِيَّ-ﷺ- حَبَسَ رَجُلًا فِي تُهْمَةٍ ثُمَّ خَلَّى عَنْهُ"[١]، فيظهر من خلال الأحاديث مشروعية الحبس.

٣- الإجماع: وأجمع الصحابة ومن بعدهم على مشروعية الحبس، وقد حبس الخلفاء الراشدون، والقضاة من بعدهم في جميع الأعصار والأمصار من غير إنكار، فكان ذلك إجماعا[٢].

٤- المعقول: تدعو الحاجة إلى إقرار الحبس، للكشف عن المتهم، ولكف أهل الجرائم المنتهكين للمحارم، الذين يسعون في الأرض فسادا ويعتادون ذلك، أو يعرف منهم، ولم يرتكبوا ما يوجب الحد والقصاص، وباعتبار أن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوق بعضهم من بعض[٣].

شروط الحبس:

هناك شروط التي لا بد من توافرها حتى يُحكم على المدين بالحبس هي[٤]:

١- أن لا يكون المدين أصلاً للدائن، إلا في حال امتناع الأب عن النفقة[٥].

٢- أن يكون بعد طلب الدائن لحبسه، قال البهوتي[٦]:" إذا حلَّ أجل الدَّين فقد وجب الوفاء على المدين، ولكنه واجب على التراخي، والذي يجعله واجباً على الفور؛ المطالبة من رب الدَّيْن[٧].

١- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، دار الفكر، تحقيق محمد محي الدين عبد الله، ح(٣٦٣٠)،تعليقات كمال يوسف الحوت، والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني، قال الألباني "حديث حسن" ؛ مشكاة المصابيح، محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، ح(٣٧٨٥)،(٣٦١/٢)، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي- بيروت، ط(٣)،١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٢- تبيين الحقائق، الزيلعي (١٨٠/٤)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية(٢٨٦/١٦).

٣- بداية لمجتهد، ابن رشد (٢٧٩/٥)؛ فقه السنة، السيد سابق(٣ / ٣٤٠).

٤ - المبسوط، السرخسي،(٢٢٤/٥-٢٢٥)؛ حاشية الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي(٢٨٠/٣)؛ الأم، الشافعي (٢١٧/٣)، كشاق القناع، البهوتي (٤١٨/٣)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرموزا (منلا خسروا)، دار إحياء الكتب العربية،(٤٠٧/٢).

٥ - المبسوط، السرخسي، (٢٢٤/٥-٢٢٥).

٦ - منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، فقه، توفي بمصر، له مصنفات عدة منها؛ دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، وغيره وكلها في فروع الفقه الحنبلي؛ معجم المؤلفين، كحالة(٢٢/١٣).

٧ - كشاف القناع، البهوتي (٤١٨/٣).

٣- أن يكون الدَّين حالاً مستحق الأداء؛ فإذا كان مضافاً إلى أجل ولم يحل هذا الأجل فلا يجوز المطالبة به، ومن ثم فلا يجوز حبس المدين؛ لأن الغرض من الحبس هو الإجبار على الوفاء، والوفاء لم يحن أجله بعد.
قال البهوتي:" فإن أبى من له مال أن يفي بدينه الحال الوفاء حبسه الحاكم[١].

٤- أن يكون بعد طلب القاضي الوفاء بالدين، فلا يجب إلا بعد أن يأمره القاضي بأداء الدَّين. قال ابن الهمام[٢]:" إذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه، ويأمره بدفع ما عليه؛ لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها[٣].

٥- أن يكون بالغاً عاقلاً؛ فلا يُحبس الصبي الذي لم يبلغ في الدَّيْن ولا المجنون كذلك، واستثنى فقهاء الحنفية حالتين أجازوا فيها حبس الصبي؛ وذلك من باب التأديب لا من باب العقوبة وهما[٤]:

أ- إذا كان الدَّيْن نشأ عن دية، أو أرش- دية الجراحات- بسبب الجناية التي باشرها الصبي قاصداً لا مخطئاً فيحبس حتى لا يتجاسر على التكرار.
ب- حين يكون الدَّيْن قد نشأ عن المعاملات المالية المأذون للصبي فيها فيحبس حتى لا يماطل في حقوق العباد.

٦- أن يكون المدين مليئاً، فلا يجوز حبس المدين المعسر، وذلك عملاً بقول الله -ﷻ-:﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ ﴾[٥].

---

١ - كشاف القناع، البهوتي (٤١٩/٣).
٢ - محمد بن عبد الواحد السواسي الأصل، الأسكندري، ثم القاهري، الحنفي، عالم مشارك في الفقه والأصول والتفسير والفرائض وعلم الطبيعة، وغير ذلك، توفي بالقاهرة. معجم المؤلفين، كحالة(٢٦٤/١٠).
٣ - فتح القدير ،ابن الهمام (٢٧٨/٧).
٤ - رد المحتار على الدر المختار محمد أمين بن عمر(ابن عابدين)، (٤٢٦/٥)؛ دار الكتب العلمية، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم)، دار الكتاب الإسلامي،(٣١٤/٦).
٥ - سورة البقرة آية (٢٨٠).

وجه الدلالة من الآية؛ أن المدين المعسر مُنْظر مــن قِبَــلِ الله تعــالى، ولــيس لصاحب الدَّيْن عليه من سبيل، ولحديث رسول الله -ﷺ-الذي جاء فيه أنه:" أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ-ﷺ- فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا فَكَثُرَ دَيْنُهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ فَقَالَ رَسُــولُ اللَّــهِ-ﷺ- لِغُرَمَائِهِ:" خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ"[١][٢].

متى يفرج عن المحبوس في الدين ؟؟

يتم الإفراج عن المحبوس في الدَّيْن في الحالات الآتية[٣]:

١- تنفيذ الالتزام، فإذا قام المدين بالوفاء بالدَّين، فإنه لا يبقــى معنــى لحبــسه؛ فالحبس شرع للتوصل إلى قضاء الدَّين لا لعينه.

٢- ظهور أموال للمدين تكفي للوفاء بالدَّين.

٣- إذا طلب الدائن الإفراج عن المدين. قال ابن نجيم[٤]:" فلو أطلقه رب الدَّين من غير بينة على إفلاسه ورضي المحبــوس جــاز، ولا يتوقــف علــى حــضور القاضي...، أما إذا كان طلب الدائن الإفراج عنه بقصد الإضرار به فلا يجاب إلى طلبه"[٥].

٦- التَّوثيق بالاحتباس:

أما بالنسبة للاحتباس كطريق من طرق التوثيق، فسأتحدث عنــه فــي النقــاط التالية: بيان معناه لغةً واصطلاحاً، حكمه، صوره، وأخيراً بيان الأســباب التــي توجب سقوط حق البائع في حبس المبيع.

---

١ - صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين (ح٢٩١٠).

٢ - بــدائع الــصنائع، الكاســاني،(٢٨٩/٧)، حاشــية الدســوقي، ابــن عرفــة الدســوقي، (٢٨٠/٣)، الأم،الشافعي(٢١٧/٣)، كشاف القناع، البهوتي (٤٢١/٣).

٣ - بدائع الصنائع، الكاساني (١٧٤/٧)؛ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد شــيخي زاده (داماد) (١٦١/٢)؛ دار إحياء التراث العربي؛ البحر الرائق، ابن نجيم (٣١٠/٦-٣١٢).

٤ - زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد المصري الحنفي، فقيه أصولي، صنف عدداً مــن التــصانيف، منها؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وشرح منار الأنوار في أصول الفقه. معجم المؤلفين، كحالة(١٩٢/٤).

٥ - البحر الرائق، ابن نجيم (٣١٢/٦).

تعريف الاحتباس لغةً واصطلاحاً:

الاحتباس لغةً: حَبَسَهُ يحبِسهُ حبْساً، فهو محبوس وحَبِيْس، واحتبسه حبّسه؛ أمسكه عن وجهه، والحَبْسُ: ضد التخلية، والحُبسة: الاسم من الاحتباس؛ يقال: الصمت حَبَسَهُ حُبسه: ضبطه، واحتبسه؛ اتخذه حبيساً، وقيل احتباسك إياه اختصاصك نفسك به، تقول:احتبستُ الشيء إذا اختصصته لنفسك خاصة[١].

الاحتباس اصطلاحاً: حق عيني يُمكّن صاحبه من استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس. أو هو حبس الشيء لمصلحة الحابس[٢].

أي إذا كان لأحد على آخر ديناً جاز له حبس بعض مال المدين لسداد دينه منه.

حكم الاحتباس :

تجري على الاحتباس أحكامٌ شرعية مختلفة، ويرجع ذلك إلى تعدد الحالات التي تتميز كل منها عن الأخرى، مما يؤدي إلى تمايز الأحكام الشرعية كما يلي:

أولاً: حالة الجواز.

يجوز الاحتباس في حالتين[٣]:

١- عندما يكون حق المحتبس في المحبوس هو الغالب، كحبس المرهون بالدين، واحتباس البائع ما في يده من البيع حتى يُسَلِّم المشتري ما في يده من الثمن إلا بشرط مخالف.

٢- عندما تتطلب المصلحة هذا الاحتباس، كاحتباس المال عن مالكه إذا كان سفيهاً، واحتباس الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين، وعدم توزيعها بين المحاربين، ونحو ذلك.

---

١ - لسان العرب، ابن منظور (١٩/٣-٢٠)؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الدكتور محمود عبد المنعم، (٧٣/١)، دار الفضيلة.

٢- الموسوعة الفقهية الكويتية (٦٧/٢)، التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار إسماعيل (ص١٢).

٣- فتح القدير، ابن الهمام، (٤٣٣/٦-٤٣٤)؛ الأم، الشافعي، (٥٥/٢)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية،(٦٧/٢).

كما يختلف حكم الاحتباس كذلك من حيث كونه للأمة، أو للأفراد على النحو الآتي[1]:

١- بالنسبة للأمة: فإنه يجب أن يحتبس على الأمة كل ما ينفعها أو ينفع عدوها كاحتباس السلاح عن أهل الذمة، واحتباس أموال البغاة حتى يتوبوا فترد إليهم واحتباس بعض المعلومات العسكرية أو المدنية التي يمكن أن يستفيد منها العدو ونحو ذلك.

٢- بالنسبة للأفراد: فإن الاحتباس يكون واجباً عندما يكون في الاحتباس مصلحة للمحتبس أو للغير كاحتباس المال عن السفيه للحجر عليه.

ثانياً: حالة الكراهة.

يكون الاحتباس مكروهاً إذا كان فيه ضرر على الآخرين، في حين أن صاحب حق الاحتباس لا يتضرر بعدمه، كاحتباس ما اعتاد الناس إعارته مع أن صاحبها لا يتضرر بإعارتها[2].

ثالثأ:حالة التحريم:

يكون الاحتباس حراماً في حالتين[3]:

١- عندما يكون في الاحتباس ضرر على المحتبس وعلى الغير كاحتباس المال عن الاستثمار واحتباس ما هو صالح للإنتاج كتعطيل الأرض الزراعية عن الزارعة وإغلاق المصنع الصالح للإنتاج من غير عذر.

٢- عندما يكون في الاحتباس ضرر بالغير، وان كان المحتبس ينتفع بهذا الاحتباس كاحتباس الضروريات عن الناس لإغلاء السعر، واحتباس المُعتدي كغاصب المال عن صاحبه، وكحبس السلعة ببقية الثمن دون اشتراط مسبوق،

---

١ - الموسوعة الفقهية الميسرة، أ.د محمد روّاس قلعه جي، دار النفائس، (٦٥/١).

٢ - تبيين الحقائق، الزيلعي،(٢٨/٦)؛ الموسوعة الفقهية الميسرة، قلعه جي (٦٥/١).

٣- المبسوط، السرخسي،(١١١/١٥)؛ الزواجر عن اقتراف الكبائر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي،(٣٨٨/١)، دار الفكر؛ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد الحموي،(٥٠/٤)، دار الكتب العلمية؛ إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر الزرعي، ابن قيم الجوزية، (٢٨/٤)، دار الكتب العلمية؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، (٦٧/٢-٦٨)؛ الموسوعة الفقهية الميسرة، قلعه جي (٦٥/١).

واحتباس الظالم الحق عن مستحقه أو غيره؛ مثل أن يكون حق الغير هو الغالب لحق المرتهن في العين المرهون، ففي هذه الحالة يمتنع على المالك (الرَّاهن) حقه الأصلي في الاحتباس.

ما هي صور الاحتباس ؟

لما كان المقصود من التوثيق صيانة الحقوق والاحتياط، لذلك كان من حق الدائن أن يتوثق لحقه بحبس ما تحت يده لتحصيل حقه إذا كان الدين يتعلق به، ولذلك صور منها[1]:

١- للبائع حق احتباس المبيع وعدم تسليمه للمشتري إلى أن يستوفي جميع الثمن إذا كان حالاً، وإن كان المبيع قد انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد.

٢- للمستأجر حق احتباس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتى يسترد ما سلَّم من الأجرة.

٣- للصانع حق حبس العين بعد الفراغ من العمل حتى يستوفي حقه، إذا كان لعمله أثر في العين كالقصَّار والصبَّاغ.

٤- للوديع حق احتباس الوديعة عن المودع حتى يستوفي ما أنفقه عليها بإذن القاضي.

٥- للملتقط حق احتباس اللقطة عن مالكها إذا ظَهَرَ، حتى يستوفي الملتقط ما أَذِنَ له القاضي أن ينفقه عليها ليرجع به.

٦- للوكيل بالشراء حق احتباس المال المشترى عن الموكل حتى يَدفع إليه الثمن.

وهناك أسباب توجب سقوط حق البائع في حبس المبيع [2]:

١- المبسوط، السرخسي(١٠٧/٢١)؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان (ص٢٢٥-٢٢٩)؛ المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي،(٤١٨/٩)، مطبعة المنيرية؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الرحيباني،(١٤١/٣)؛ التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية، نظار عبد القادر(ص١٢).

٢- المغني، ابن قدامة،(٩١/٤)؛ شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب،(٥٧/٢)؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (ص٢٢٨).

١- أن يُسَلِّم البائع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن المعجّل ولو كان البائع وَلِيَّ الصّغير.

٢- أن يُودع البائع المبيع للمشتري.

٣- أن يُعير البائع المبيع للمشتري.

٤- إذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع فسكت.

٥-إذا قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع، ثم أجاز البائع بعد ذلك القبض.

٧- التوثيق بالحَجْر.

سأتحدث عن الحجر؛ من خلال بيان معنى الحجر لغةً واصطلاحا، وهل هو مشروع أم لا؟ وهل يشرع الحجر على المفلس؟.

تعريف الحجر لغةً واصطلاحاً:

الحَجْرُ لغةً: المنع، يقال: حَجَرَ عليه حجراً؛ منعه من التصرف فهو محجور عليه، وسمي العقل حِجْراً؛ لأنه يمنع من القبائح، قال الله -ﷻ-: ﴿ هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾[١][٢].

الحَجْر اصطلاحاً: عرَّف الشافعية والحنابلة الحَجْرَ بأنه المنع من التصرفات المالية. سواء أكان المنع قد شرع لمصلحة الغير كالحجر على المفلس لمصلحة الغرماء وعلى الراهن في المرهون لمصلحة المرتهن، وعلى المريض مرض الموت لحق الورثة في ثلثي ماله، أم شرع لمصلحة المحجور عليه كالحجر على المجنون، والصغير، والسفيه[٣].

وعرَّفه الحنفية بأنه: منعٌ من نفاذ تصرف قولي - لا فعلي - فإنَّ عَقْدَ المحجور ينعقد موقوفا فلا ينفذ إلا بإجازة من له الحق في الإجازة[٤].

---

١ - سورة الفجر آية (٥).

٢ - لسان العرب، ابن منظور (٥٧/٣).

٣ - مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، (١٥٦/٣)؛ المغني،ابن قدامة (٥٠٥/٤).

٤ - تبيين الحقائق،الزيلعي،(١٩٠/٥).

قال ابن عابدين[1]:" الحجر على مراتب : أقوى ، وهو المنع عن أصل التصرف بعدم انعقاده؛ كتصرف المجنون، ومتوسط، وهو المنع عن وصفه، كتصرف المُميِّز، وضعيف، وهو المنع عن وصف وصفه، كتأخير نفاذ الإقرار من المحجور عليه للإفلاس إلى ما بعد فك الحجر عنه"[2]. وذلك حينما يكون النفاذ حالاً.

مشروعية الحَجْر.

ثبتت مشروعية الحَجْرِ بالكتاب والسُّنَّة والمعقول.

١- من الكتاب:

أ- قول الله-ﷻ-:﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا ﴾[3].

ب- قول الله-ﷻ-:﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[4].

ج- قول الله-ﷻ-:﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [5].

فالآيات الكريمة السابقة تدل على مشروعية الحجر، وقد فسّر الشافعي السفيه بالمبذر، والضعيف بالصبي، والكبير بالمختل، والذي لا يستطيع أن يمل بالمغلوب

---

[1] - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، الحنفي، فقيه أصولي، ولد بدمشق، وتوفي بها، له من التصانيف؛ العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ورد المحتار على الدر المختار على تنوير الأبصار. معجم المؤلفين، كحالة(٩/٧٧).

[2]- رد المحتار؛ ابن عابدين(٦/١٤٣).

[3]- سورة النساء،آية (٥).

[4]- سورة النساء، آية (٦).

[5]- سورة البقرة، آية (٢٨٢).

على عقله، فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فدل على ثبوت الحجر عليهم[1].

٢- من السنة:

عن كعب بن مالك -ﷺ-[2]:" أنَّ النبيَّ -ﷺ- حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ-ﷺ-[3] مَالَهُ وَبَاعَهُ فِيْ دَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ"[4].

إلا أنه لا بد من الانتباه إلى أن هذا الحديث ضعيف، لا يُؤخذ دليلاً على مشروعية الحجر، ومع ذلك ففي الآيات الكريمة، ما يكفي لإثبات مشروعية الحجر.

٣- المعقول:

قرر الشارع الحجر على من يصاب بخلل في عقله كجنون وعَتَهٍ، حتى تكون الأموال مصونة عن الأيدي التي تَسلِبُ أموال الناس بالباطل والغش والتدليس. ولصونها عن سوء تصرف من المالك، وقرر الحجر أيضا على من يسترسلون في غلواء الفسق والفجور والخلاعة، ويبددون أموالهم ذات اليمين وذات الشمال؛ صونا لأموالهم، وحرصا على أرزاق أولادهم، ومن يعولونهم في حياتهم وبعد مماتهم، كما شمل الحجر من يتعرض للإفتاء وهو جاهل لا يعلم حقيقة الحكم الشرعي فَيَضِلُ ويُضَلْ، وتصبح فتنة بين المسلمين من وراء فتياه، وكذا يحجر

---

١ - مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، (١٥٦/٣).

٢- كعب بن مالك بن أبي كعب واسم أبي كعب : عمرو بن القين بن سواد بن غنم بن كعب بن سلمة بن سعد بن علي الأنصاري الخزرجي السلمي، يكنى أبو عبد الله ، وقيل: أبو عبد الرحمن، أمه ليلى بنت زيد بن ثعلبة من بني سلمة.الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني،(٦١٠/٥).

٣- معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي بن كعب بن عمرو بن أدي بن سعد بن علي بن أسد ابن ساردة بن تزيد بن جشم بن الخزرج الأنصاري الخزرجي ثم الجشمي، وأدي الذي ينسب إليه هو: أخو سلمة بن سعد القبيلة التي ينسب إليها من الأنصار، وقد نسبه بعضهم في بني سلمة، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني،(١٣٦/٦)،

٤- المستدرك، الحاكم النيسابوري، ح(٢٣٤٨)،(٦٧/٢)؛ سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، مكتبة دار الباز-مكة،١٤١٤هـ،١٩٩٤م، تحقيق محمد عبد القادر عطا ح(١١٠٤١)(٤٨/٦)، مختصر إرواء الغليل، الألباني، ضعيف،ح(١٤٣٩) (٢٨٢/١).

على الطبيب الجاهل الذي يداوي الأمة وهو لا يعلم شيئا من فن الطب، فتزهق أرواح طاهرة بين يديه لجهله، وينتج من ذلك بلاء عظيم وخطب جسيم[١].

الحَجْر على المفلس:

الإفلاس في اللغة: مصدر أفلس -وهو لازم- يقال: أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة، أو صار إلى حال ليس له فلوس، والفَلَسُ اسم المصدر، بمعنى الإفلاس[٢].

الإفلاس في الاصطلاح: أن يكون الدَّين الذي على الرجل أكثر من ماله، وهو بذلك يشمل من كان غير ذي مال، أو كان له مال إلا أنه أقلَ من دَيْنِه[٣].

قال ابن قدامة[٤]:" وإنما سمي من غلب دينه ماله مفلسا وإن كان له مال؛ لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم"[٥].

حكم التفليس:

التفليس: هو أن ينادي القاضي ويشهد بين الناس أنَّ فلاناً صار مفلساً، ثم يحجر عليه.

إذا أحاط الدين بمال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه، وجب على الحاكم تفليسه عند المالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، وصاحبي أبي حنيفة ، وهو

١- العناية شرح الهداية، البابرتي، (٢٥٩/٩)، أحكام القرآن، ابن العربي،(٤١٥/١-٤١٦)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية،(٨٦/١٧).

٢- لسان العرب، ابن منظور(٣١٨/١٠).

٣- بداية المجتهد، ابن رشد(٢٦٤/٥)؛ المغني،ابن قدامة (٥٠٥/٤)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية،(٣٠٠/٥)؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية،محمود عبد المنعم (٢٥٤/١).

٤ – عبد الله بن أحمد بن محمد؛ موفق الدين المقدسي، الجماعيلي، ثم الدمشقي، ثم الصالحي، الحنبلي، عالم، فقيه، مجتهد، ارتحل إلى بغداد، ثم إلى دمشق، وتوفي بها، ودفن في سفح قاسيون، معجم المؤلفين، كحالة(٣٠/٦).

٥- المغني،ابن قدامة (٤٥٢/٤).

٦ – بداية المجتهد، ابن رشد(٢٦٥/٥).

٧ – مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، (٣/ ١٢٩-١٣٠).

٨ – المغني، ابن قدامة (٤٥٣/٤).

المفتى به عند الحنفية[١]. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يُحجر؛ لأنه كامل الأهليـــة، وفي الحجر عليه إهدار لآدميته[٢].

واشترط المالكية لوجوب ذلك ألَّا يُمكنُ للغرماء الوصول إلى حقهم إلا به، أمـــا إذا أمكن الوصول إلى حقهم بغير ذلك كبيع بعض مالـــه، فإنـــه لا يـــصار إلـــى التفليس[٣].

هل يجوز للحاكم أن يبيع مال المفلس جبراً أم لا ؟

اختلف العلماء في جواز بيع الحاكم مال المفلس جبراً عليه، على قولين على النحو التالي:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلـــة[٦]، إلى جواز بيع الحاكم مال المفلس جبراً عليه، مستدلين بالآيات الكريمة التي سبق ذكرها في مشروعية الحجر.

ومن الأدلة التي استدلوا بها كذلك:

١- حديث معاذ-ﷺ- :" أن النبيَّ -ﷺ- حَجَرَ عَلَىْ مُعَاذٍ-ﷺ- مَالَهُ وبَاعَهُ فِيْ دَيْنٍ كَانَ عَلَيْه"[٧]، إلا أنه حديث ضعيف لا يقوى على الاستدلال به.

٢-أثر أُسَيْفِع[٨]:" أَنَّ رَجُلًا مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَسْبِقُ الْحَاجَّ فَيَشْتَرِي الرَّوَاحِلَ فَيُغْلِي بِهَا ثُمَّ يُسْرِعُ السَّيْرَ فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ؛ فَأَفْلَسَ فَرُفِعَ أَمْرُهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ:" أَمَّـــا

---

١ - بدائع الصنائع،الكاساني(٦/١٧٢)، المبسوط، السرخسي،(١/٢٤٥).

٢ - الجوهرة النيرة، أبو بكر محمد بن علي الحدادي العبادي،(١/٢٤٥) المطبعة الخيريـــة؛ بـــدائع الـــصنائع، الكاساني(٦/١٧٢).

٣ - بداية المجتهد، ابن رشد(٥/٢٦٥).

٤ - المصدر السابق.

٥ - مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، (٣/ ١٢٩-١٣٠).

٦ - المغني، ابن قدامة (٤/٤٥٣).

٧ - سبق تخريجه ص(٤٦).

٨ - الأسيفع الجهني، أدرك النبي-ﷺ- وكان يشتري الرواحل فيغالي بها، ثم يسر الـــسير فيـــسبق الحجـــاج، فأفلس، الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني(١/٢٠٠).

بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ فَإِنَّ الْأُسَيْفِعَ؛ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجَّ أَلَا وَإِنَّهُ قَدْ دَانَ مُعْرِضًا فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ وَإِيَّاكُمْ وَالدَّيْنَ فَإِنَّ أَوَّلَهُ هَمٌّ وَآخِرَهُ حَرْبٌ"(١).

وأثر أُسيفع هذا ضعيف لا يُستند عليه في إثبات جواز بيع الحاكم مال من أفلس.

٣- استدلوا كذلك بأنَّ الجميع مُجمِعٌ على الحجر على المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فلأن يحجر عليه ويمنع من التصرف في أمواله لحق الغرماء أولى(٢).

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يباع ماله جبرا عليه؛ لأنه لا ولاية عليه في ماله(٣)، حيث يقول الله-ﷻ-:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾(٤).

واستثنى أبو حنيفة من ذلك إن كان دينه دراهم، وفي المال دراهم، فتدفع عندها للغريم جبرا عنه، وكذلك إن كان دينه دنانير، وفي المال دنانير، دفعت للدائنين جبرا، وكذلك إذا كان عليه أحد النقدين، وفي ماله النقد الآخر؛ لأنهما كجنس واحد، وهذا كله بخلاف ما بعد الموت، فإن للقاضي أن يبيع جميع ماله لقضاء دينه؛ لأن بيع القاضي ليس تصرفاً على الميت لبطلان أهليته بالموت؛ ولأنه رضي بذلك في آخر جزء من أجزاء حياته(٥).

١- موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس الأصبحي، دار إحياء التراث العربي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ح(١٤٦٠)(٢/٧٧٠)؛ المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، مكتبة الرشد الرياض، ط(١)، ١٤٠٩هـ، تحقيق كمال يوسف الحوت،ح(٢٢٩١٥)،(٤/٥٣٦)؛ مختصر إرواء الغليل،الألباني،ح(١٤٣٦)، ضعيف،(١/٢٨٢).

٢- بداية المجتهد، ابن رشد(٥/٢٦٦)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية(٥/٣٠١).

٣- بدائع الصنائع، الكاساني(٦/١٧٣).

٤ - سورة النساء، آية (٢٩).

٥ - بدائع الصنائع، الكاساني(٦/١٨١-١٨٢).

وفي الأخذ برأي جمهور العلماء، مصلحة للمفلس ولأصحاب الحق، ذلك أنه لو ترك المفلس يتلاعب بأمواله والتي هي في الحقيقة أموال للدائنين، لكان في ذلك هدرٌ للحقوق، وتعطيل للآيات الصريحة في جواز الحجر على المفلس، ومن أعظم غايات الحجر؛ إنصاف ذوي الحقوق، فإذا كان ذلك لا يتحقق إلا ببيع الحاكم لأموال المفلس، فلم لا؟ وخاصة أن من أعظم واجبات الإمام تحقيق العدل وإنصاف المظلوم، وليس في بيع الحاكم لأموال المفلس تعدٍ على ولايته على ماله؛ بل في ذلك مصلحة للمفلس الذي لم يحسن التصرف في هذه الولاية، حيث في الحجر عليه عمل بالنصوص الصريحة والواجب اتباعها، وفي بيع ماله مصلحة له، فربما باع الإمام ماله وقسمه بين الغرماء، وأراحه من ذل بالنهار وهم بالليل، وغير ذلك من المصالح التي تعود بالنفع على المفلس، والدِّينُ مبني على جلب المصالح، والدرء للمفاسد.

شروط الحجر على المفلس[1]:

١-يشترط للحجر على المفلس عند من أجازه، أن يطلب الغرماء أو من ينوب عنهم أو يخلفهم الحجر عليه.

٢- أن يكون الدين الذي على المدين دينا حالا، سواء أكان حالاَ أصالة، أم حلّ بانتهاء أجله، فلا حجر بالدين المؤجل؛ لأنه لا يطالب به في الحال، ولو طولب به لم يلزمه الأداء.

٣- أن تكون الديون التي على المفلس أكثر من ماله.

٤- أن يكون الدَّين الذي يحجر به هو دين الآدميين، أما دين الله تعالى فلا يحجر به.

٥- أن يكون الدَّين المحجور به لازماَ، فلا حجر بالثمن في مدة الخيار.

---

[1]- بدائع الصنائع،الكاساني(١٧٢/٦)؛ مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، (١٢٩/٣-١٣٠)؛ المغني، ابن قدامة (٤٥٣/٤)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية(٣٠٢/٥-٣٠٤).

مَنْ الذي يحجر على المفلس؟

لا يكون المفلس محجورا عليه إلا بحجر القاضي عليه. والحجر للقاضي دون غيره؛ لاحتياجه إلى نظر واجتهاد[1]. وكذلك فإن الذين قالوا بمشروعية الحجر على المفلس قالوا: يستحب إظهار الحجر عليه وإشهاره لتجتنب معاملته، كي لا يَضُرَّ الناس بضياع أموالهم[2].

فإذا ما حجر القاضي على المفلس، ترتب على ذلك من الآثار ما يلي[3]:

١- تتعلق حقوق الغرماء بماله، ويمنع من الإقرار على ذلك المال والتصرف فيه.

٢- انقطاع الطلب عنه بدَّين جديد بعد الحكم بالإفلاس. وذلك لقول الله -ﷻ-: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ ﴾[4]، ولحديث رسول الله -ﷺ- الذي جاء فيه أنه:" أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ-ﷺ- فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا فَكَثُرَ دَيْنُهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ- لِغُرَمَائِهِ:" خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ" [5].

٣- حلول الدَّين المؤجل في ذمة المدين.

٤- استحقاق من وجد عين ماله عند المدين استرجاعه.

٥- استحقاق بيع مال المفلس وقسمته بين الغرماء.

٨- التوثيق بالمنع من السَّفر.

من طرق التوثيق؛ المنع من السفر، فما المقصود بالسفر لغة واصطلاحاً؟ وهل هو مشروع؟ وما هو الهدف من منع المدين من السفر؟ وما هي شروط منع المدين من السفر؟ ومتى ينتهي هذا المنع؟

---

[1] - بدائع الصنائع، الكاساني(١٧٣/٦).

[2] - مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، (١٣٠/٣).

[3] - المنتقى شرح الموطأ، الباجي،(٩٢/٥)؛ الأم، الشافعي،(٢٠٤/٣)؛ المغني، ابن قدامة،(٤٥٧/٤)؛ القواعد، لابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد(ابن رجب الحنبلي)، ص(١٧٥)، دار الكتب العلمية؛ الموسوعة الفقهية الكويتية(٣٠٥/٥).

[4] - سورة البقرة آية (٢٨٠).

[5]- سبق تخريجه ص(٤٠).

تعريف السَّفر لغةً واصطلاحاً:

السَّفر لغةً: قطع المسافة مطلقاً، والجمع أسفار يقال: رجل مسافر وقوم سَفْرٌ وسُفَّار، والمِسْفَرُ: الكثير الأسفار القوي عليها، وأصل مادة "سَفَرَ" الكشف والإظهار، ومنه قولهم: سَفَرَتْ المرأة عن وجهها؛ إذا أظهرته، وأَسْفَرَ الصبح إذا ظهر وأضاء، وقيل في تسمية السَّفَرُ بهذا الاسم؛ لأنه يسفر عن وجوه المسافرين وأخلاقهم ويُظْهِرُ ما كان خافياً فيها[١].

السَّفر في الاصطلاح: الخروج على قصد مسيرة ثلاثة أيام بلياليها فما فوقها، بسير الإبل ومشي الأقدام[٢].

وقيل هو الانتقال من موضع الإقامة مع ربط القصد بمقصد معلوم[٣].

حكم منع المدين من السفر.

اتفق الفقهاء على جواز منع المدين من السفر – في الجملة – بناء على طلب صاحب الحق "الدائن".

ومن أقوال الفقهاء في ذلك؛ قال ابن عابدين:" للمدين السَّفر قبل حلول الدين وليس للدائن منعه ولكن يسافر معه فإذا حل منعه ليوفي"[٤]. وقال العبدري "المواق"[٥]:" للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه ومن سفره إن حل بغيبته"[٦].

١- لسان العرب، ابن منظور(٦/٢٧٦-٢٧٧).

٢- التعريفات،علي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي- بيروت، ط (١)١٤٠٥هـ، تحقيق إبراهيم الأنباري، (١/١٥٧).

٣- إحياء علوم الدين، محمد بن محمد الغزالي،أبو حامد، دار المعرفة-بيروت، (٢/٢٦٠).

٤- رد المحتار، ابن عابدين (٥/٣٣٥).

٥- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري، الأندلسي، الغرناطي، المالكي، الشهير بالمواق، من آثاره العلمية، شرح كبير على مختصر خليل، سماه التاج والإكليل. معجم المؤلفين، كحالة(١٢/١٣٣).

٦- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري (المواق) ، دار الكتب العلمية (٦/٥٨٨).

قال النووي[1]:" إنْ أراد السفر من عليه دين؛ فإن كان حالاً فلصاحبه منعه حتى يقضى حقه"[2].

وقال ابن مفلح المقدسي[3]:" من أراد سفراً يَحِلُ الدين قبل مدته، أو قبل قدومه فلغريمه منعه؛ إلا أن يقيم رهناً أو كفيلا[4].

وقد استدل الفقهاء لجواز منع المدين من السفر بأدلة جواز حبسه، كقول الرسول–ﷺ– :" لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ قَالَ سُفْيَانُ عِرْضُهُ"[5]، وغيره من الأدلة التي سبق ذكرها في بيان مشروعية الحبس، وذلك أن المنع من السفر حبس في داخل البلد، فيكون البلد بمثابة سجن كبير لهذا المدين، فهذا لون من ألوان العقوبة التي يجيزها مطل المدين.

ومما رتب الفقهاء على جواز منع المدين من السفر؛ أنه يندب لمن عليه دين أن يستأذن الدائن قبل السفر، فإن لم يأذن له حرم عليه أن يسافر، ويعد سفره هذا سفر معصية، لا يجوز له أن يترخص فيه بقصر صلاة أو إفطار في رمضان[6].

١- يحيى بن شرف الخزامي، النووي، محرر مذهب الشافعية ومهذبه ومنقحه ومرتبه، صاحب التصانيف الكثيرة، ولد بالشام، وكان مجداً في طلب العلم على أيدي المشايخ، توفي في بلده"نوا" بالشام، سنة(٦٧٦هـ)، طبقات الشافعية، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، (ص(٤٠٧)، إشراف مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،١٤١٦هـ–١٩٩٦م.

٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي، (٤٢٤/٣)، ومعه حواشي الروضة، بإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٣- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، ثم الدمشقي، ثم الصالحي الحنبلي، فقيه، أصولي، ولد وتوفي بدمشق، من تصانيفه؛ شرح المقنع في فروع الحنابلة، وسماه المبدع. معجم المؤلفين، كحالة(١٠٠/١).

٤- الفروع، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، (٢٨٨/٤)، عالم الكتب.

٥- سبق تخريجه ص (٣٧).

٦- كشاف القناع، البهوتي، (٤١٨/٣).

أما السَّفرُ للجهاد فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمدين أن يخــرج للغــزو بدون إذن دائنه إذا كان الجهاد غير متعين عليه، والدين حالاً، وهو قــادر علــى الوفاء به. كما اتفقوا على أنه لا يجب عليه الاستئذان إذا كــان الجهــاد متعينــاً عليه[١].

هدف منع المدين من السفر.

المنع من السفر ليس هدفاً في حد ذاته، لا للدائن ولا للقاضي، وإنما هو وسيله لهدف أساسي، وهدف ثانوي، من شأنيهما تحقيق مصلحة الدائن وتوفير الحمايــة لحقه وهذان الهدفان هما [٢]:

الهدف الأول: الوفاء بالدين.

إن الهدف الأساسي لمنع المدين من السفر هو الوفاء بالدَّين، فلا تنتهي قــضية المطالبة بالدَّين بمجرد صدور أمر بمنع المدين من السفر، وإنما تبقى ذمته مشغولة بالدَّين حتى يؤدي ما عليه أو يبرئ الدائن المدين من الدَّين، ولكن كيف يحقق منع المدين من السفر الوفاء بالدَّين؟ يتحقق ذلك من خلال الآتي:

أ- إنَّ المنع من السفر عقوبة نفسيه شديدة تحمل المدين على أداء ما عليــه مــن ديون وبخاصة إذا كان المدين ممن تعود على السفر.

ب- إنَّ منع المدين من السفر وسيله لحمل المدين على العمل والاكتساب لقضاء ما عليه من ديون، كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية[٣]:" فإن كان عليه دين فمتــى أذن له الغرماء في السفر للحج فلا ريب في جواز السفر، وإن منعوه من السفر ليقــيم

١- تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢/٣٨٧).

٢- منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي، محمد عثمان الشبير، بحث علمــي محكــم، دراســات(العلــوم الإنسانية،المجلد(٢٢أ)العدد الثاني (١٩٩٥)، ص(٥٠٥).

٣ – تقي الدين، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني الدمشقي، شــيخ الإسلام، بحر من بحور العلم، له كتب عديدة منها درء تعارض النقل والعقل، ومنهاج السنة النبويــة، تــوفي بسجن القلعة، في دمشق، سنة(٧٢٨هــ)؛ البداية والنهاية،إسماعيل بــن عمــر بــن كثيــر القرشــي، أبــو الفداء،(٣٠٣/١٣)، مكتبة المعارف- بيروت.معجم المؤلفين، كحالة(٩٦/٥).

ويعمل ويوفيهم كان لهم ذلك، وكان مقامه ليكتسب ويوفى الغرماء أولى به وأوجب عليه من الحجّ، وكان لهم منعه من الحجّ، ولا يحل لهم أن يطالبوه إذا علموا إعساره ولا يمنعوه الحجّ، لكن إن قال الغرماء: نخاف أن يحجّ فلا يرجع فنريد أن يقيم كفيلا ببدنه، توجه مطالبتهم بهذا، فإن حقوقهم باقية ولكنه عاجز عنها، ولو كان قادراً على الوفاء والدَّين حال كان لهم منعه بلا ريب، وكذلك لو كان مؤجلا يحل قبل رجوعه فلهم منعه حتى يوثق برهن أو كفيل وهكذا حتى يوفي أو يوثق "[1].

ج- إن منع المدين من السفر وسيلة تحفُّظية على أموال المدين حتى لا يهرب بها إلى خارج البلد أو يعرضها للهلاك بسبب السفر.

الهدف الثاني: توثيق الدين.

وقد يكون الدين مؤجلاً أو المدين عاجزاً عن الوفاء بالدين، وإذا سافر تأخر في الرجوع للإضرار بالدائن، ففي هذه الحالة يمنع المدين من السفر حتى يوثق الدين برهن أو كفيل مليء يُمكِّن الدائن من استيفاء حقه عند حلول أجل الدين[2].

قال ابن قدامة:" فإن أقام ضميناً مليئاً أو دفع رهناً يفي بالدين عند المحل فله السفر"[3].

شروط منع المدين من السفر: [4].

١- أن يكون الدَّين حالاً.

٢- أن يكون المدين قادراً على الوفاء.

٣- أن يكون المدين ممتنعاً عن أداء الدين.

٤- أن يكون حق الدائن في الدين مشروعاً.

٥- أن يكون المنع بطلب من الدائن.

---

[1]- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية(٢٨/٣٠).

[2]- منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي، الشبير، ص(٥٠٥).

[3]- المغني، ابن قدامة،(٥٠٣/٤).

[4]- منح الجليل، عليش (١١/٦)؛ شرح منتهى الإرادات، البهوتي(١٥٦/٢)؛ منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي، الشبير، ص(٥٠٥).

٦- أن لا يكون المدين أحد أصول الدائن.
٧- أن لا يكون السفر مما يتعين على المدين.

انتهاء منع المدين من السفر:

إذا صدر الأمر من القاضي بالمنع من السفر، فإنه لا يكون حكما أبدياً وإنما ينتهي بتحقيق الغرض الذي صدر من أجله؛ وهو الوفاء بالدين، لذلك فإن منع المدين من السفر ينتهي في حالات؛ منها[١]:

١- استيفاء الدائن حقه.
٢- قضاء الحاكم دين المدين من ماله جبراً.
٣- بيع الحاكم أموال المدين لقضاء دينه.
٤- أن يُقدِّمَ المدينُ رهناً بالدَّين.
٥- أن يُوكل المدين وكيلاً يقوم مقامه في قضاء دينه.
٦- أن يُوثِّقَ المدين الدَّين بكفيلٍ مقتدرٍ أو ضامنٍ مليءٍ.
٧- أن يبرئ الدائن المدين من الدين.
٨- أن يتنازل الدائن عن حقه في المنع من السفر.

٩- التوثيق بالسُّفتجة:

السُّفْتَجَة لغةً :

الشيء المحكم، وجمعها سَفَاتِجْ، وهي شيء مُحْكَمْ أو مجوَّف، سُمِّيَ هذا القرض بها؛ لإحكام أمره، وفِعْلُهْ السَّفْتَجَةُ[٢].

١- المغني، ابن قدامة، (٥٠٣/٤)؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى،الرحيباني،(٣٧١/٣)؛ منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي، الشبير، ص(٥٠٥).

٢ -المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، الفيومي،(٢٧٨/١)؛ أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي، دار الوفاء – جدة، ط(١)،١٤٠٦هـ،(٢٢٥/١)؛ القاموس المحيط، الفيروز آبادي، باب الجيم، فصل السين،(ص(١٧٦)، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، ط١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

السُّفْتَجَةُ اصطلاحاً: كتاب صاحب المال لوكيله في بلد آخر ليدفع لحامله بدل ما قبضه منه؛ لأمن سقوط خطر الطريق[١].

حكم السُّفتجة:

يختلف حكم السُّفتجة تبعاً لاشتراط المنفعة (أمن الطريق) في العقد، أو عدم الاشتراط على النحو التالي:

الحالة الأولى: أن يشترط المُقْرِض المنفعة في عقد السُّفْتَجَةِ.

اختلف العلماء في حكم السُّفتجة إذا اشترطت المنفعة في عقدها، على قولين:

القول الأول: ذهب الأئمة الأربعة؛ الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، إلى أن السُّفتجة منهي عنها إن اشترط في عقدها المنفعة.

القول الثاني: ذهب ابن قدامة، وابن تيمية، وابن القيم[٦]، إلى أن السُّفتجة جائزة مع اشتراط المنفعة[٧].

استدل أصحاب القول الأول؛ القائلين بأن السُّفتجة حرام إذا اشترط فيها منفعة أمن الطريق للمُقْرِضْ بالأدلة التالية[٨]:

---

١ – البحر الرائق، ابن نجيم (٢٧٧/٦)؛ مواهب الجليل، الحطاب(٥٤٧/٤)؛ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي،(ص٢٧٨).

٢ – بدائع الصنائع، الكاساني(٣٩٥/٧-٣٩٦).

٣ – شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر،(٢٣١/٥).

٤ – أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري،(٢١/٢-٢٢).

٥ – المغني،ابن قدامة،(٢١٣/٤).

٦ – محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، ثم الدمشقي، الحنبلي، شمس الدين أبو عبد الله، فقيه، أصولي، مفسر، مجتهد، نحوي، متكلم، محدث، ولد بدمشق ولازم شيخه ابن تيمية وسجن معه في سجن القلعة، وتوفي بدمشق فدفن في سفح قاسيون، له العديد من التصانيف منها؛ روضة المحبين ونزهة المشتاقين، وزاد المعاد في هدي خير العباد.معجم المؤلفين، كحالة(١٠٦/٩).

٧ – المغني،ابن قدامة(٣٩٠/٤)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٥١٥/٢٠)، إعلام الموقعين، ابن القيم الجوزية،(٢٩٥/١).

٨ – تبيين الحقائق، الزيلعي(١٧٥/٤)؛ مجمع الأنهر، شيخي زادة(داماد)،(١٥١/٢)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد فرموزا(٣١١/٢)؛ الإنصاف، علي بن سليمان بن أحمد المرداوي،(٤١٥/٥)، دار إحياء التراث العربي؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري، ص(٨٧).

١-السُّفتجة قرض جر نفعا فهو ربا، والرِّبا حرام، فتكون السُّفتجة حراماً.
٢-السُّفتجة عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه فلم يَجُزْ.
٣-السُّفتجة تمليك دراهم فإذا شُرِط في بلد أن يدفع في بلد آخر صار في حكم التأجيل، والتأجيل في الأعيان لا يصح.

استدل أصحاب القول الثاني القائلين بجواز السُّفتجة مع اشتراط المنفعة، بأن المنفعة؛ منفعةٌ مشتركةٌ للطرفين، قال ابن قدامه:" والصحيح جوازه لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، والشرع لا يَرِدُ بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها؛ ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة"[١].
وقال ابن تيمية:" والصحيح أنها لا تكره؛ لأن المُقْتَرِض ينتفع بها أيضاً، ففيها منفعة لهما جميعاً إذا أقرضه"[٢]. ولعل هذا أرجح – والله تعالى أعلم-.
الحالة الثانية: أن لا يشترط المُقرِض المنفعة في عقد السُّفتجة.

إذا لم تشترط منفعة المُقرِض "الدائن" في العقد؛ فإن السُّفتجة مباحة وإن انتفع منها المقرض بأمن الطريق والدليل على ذلك[٣]:

١- إنَّ هذا إحسان من المُقْتَرِضِ غير مشروط من المُقْرِض فهو مشروع وداخل في عموم قول الله -ﷻ-:﴿ هَلۡ جَزَآءُ ٱلۡإِحۡسَٰنِ إِلَّا ٱلۡإِحۡسَٰنُ ﴾[٤].

١- المغني،ابن قدامة(٣٩٠/٤)، ابن قيم الجوزية،(٢٩٥/١).
٢ - مجموع فتاوى ابن تيمية(٥١٥/٢٠).
٣- فتح القدير، ابن الهمام (٢٤٨/٧)، رد المحتار، ابن عابدين،(٣٥٠/٥)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري، ص(٨٩).
٤- سورة الرحمن آية (٦٠).

٢- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ -رضي الله عنه- قَالَ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- سِنٌّ مِنْ الْإِبِلِ فَجَاءَهُ يَتَقَاضَاهُ فَقَالَ: أَعْطُوهُ فَطَلَبُوا سِنَّهُ فَلَمْ يَجِدُوا لَهُ إِلَّا سِنًّا فَوْقَهَا، فَقَالَ: أَعْطُوهُ. فَقَالَ: أَوْفَيْتَنِي أَوْفَى اللَّهُ بِكَ. قَالَ النَّبِيُّ -صلى الله عليه وسلم-:" إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً [١].

فالحديث صريح في بيان جواز الاستفادة غير المشروطة في حال القرض.

قال النووي:"ولو أقرضه بلا شرط فرد أجود أو أكثر أو ببلد آخر جاز"[٢].

فلعل هذه الطرق من أبرز طرق التوثيق المُعتبرة شرعاً، والتي تعامل الناس بها منذ قديم الزمان وحتى الوقت الحاضر، وهذا كله دليل على عظمة هذه الشريعة الكاملة الشاملة، تنزيل من حكيم حميد.

١- صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب وكالة الشاهد والغائب جائزة، ح(٢١٤٠).

٢- روضة الطالبين،النووي،(٣/٣٢٥).

* الباب الأول: تعريف الكفالة ومشروعيتها وأركانها، ويحتوي على ثلاثة فصول:

* الفصل الأول: تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً والألفاظ ذات الصلة بهـــا، ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الكفالة لغةً.

المبحث الثاني: تعريف الكفالة اصطلاحاً.

المبحث الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالكفالة.

* الفصل الثاني: مشروعية الكفالة، ويحتوي على أربعة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية الكفالة في القرآن الكريم.

المبحث الثاني: مشروعية الكفالة في السنة المطهرة.

المبحث الثالث: مشروعية الكفالة من الإجماع.

المبحث الرابع: مشروعية الكفالة من المعقول.

* الفصل الثالث:أركان الكفالة وشروطها ويحتوي على خمسة مباحث:

المبحث الأول: الصيغة.

المبحث الثاني: الكفيل.

المبحث الثالث: المكفول له.

المبحث الرابع: المكفول عنه.

المبحث الخامس: المكفول به.

* الفصل الأول: تعريف الكفالة لغة واصـــطلاحاً والألفـــاظ ذات الـــصلة بهـــا، ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الكفالة لغةً.

المبحث الثاني: تعريف الكفالة اصطلاحاً.

المبحث الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالكفالة.

المبحث الأول: تعريف الكفالة لغةً:

الكِفْلُ: المِثْلُ، وقيل الحظُّ والنَّصيب، والكافلُ؛ العائل، يكفلُ إنساناً؛ أي يعوله، ومنه قول الله-ﷻ-:﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾[1]؛ أي جعله كافلاً لها[2].

ومنه قول الرسول-ﷺ- :" كَافِلُ الْيَتِيمِ لَهُ أَوْ لِغَيْرِهِ أَنَا وَهُوَ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ وَأَشَارَ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى"[3].

والكافل والكفيل؛ الضامن، يقال: كفل المال وكفل بالمال؛ أي ضمنه، وكفلاء جمع كفيل والأنثى كفيل، ويقال في الجمع كفيل. وتكفَّل بالشيء؛ ألزمه نفسه وتحمل به، يقال تكفَّل بالدين: التزم به، وكفل هو به كُفُولاً وكَفْلاً، والتَّكفيل مثله، قال الله -ﷻ-: ﴿ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ ﴾[4]؛ أي اجعلني أنا أكفلها وأنزل أنت عنها، وكفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد.[5] ومثل الكفالة في دلالتها على الضمان: الضمان، والزعامة، والحمالة، والقَبَالة، وذكر البعض بأن العرف قد خصص الضمين بالمال، والحَميلُ بالدِّية، والزَّعيمُ بالمال العظيم، والكفيل بالنفس، والصَّبيرُ يعمُ الكل[6]، قال ابن حبان:" الزَّعيم لغة أهل المدينة، والحَميلُ لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر"[7].

ومما يُلاحظ بالنظر إلى كتب الفقهاء أن الكفالة تسمى ضماناً، حيث يسمي الحنفية الكفالة بنوعيها؛ الكفالة بالمال والكفالة بالنفس؛ كفالةً[8]، في حين يطلق

---

[1] – سورة آل عمران آية(٤٤).

[2] – تفسير القرآن العظيم، ابن كثير(٤٩٦/١).

[3] – صحيح مسلم، كتاب الزهد والرقائق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين، ح(٥٢٩٦).

[4] – سورة ص آية(٢٣).

[5] – روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، محمود الألوسي أبو الفضل، دار إحياء التراث العربي– بيروت(١٨٠/٢٣).

[6] – تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٤١/٥).

[7] – نصب الراية، الزيلعي(١٥/٥).

[8] – المبسوط، السرخسي(١٦٢/١٩).

عليها المالكية والشافعية لفظ الضمان[1]، إلا أن الإمام الشافعي ذكرها بلفظ الكفالة بقوله:" ولا تلزم الكفالة بحدٍّ، ولا قصاص، ولا عقوبة، لا تلزم الكفالة إلا بالأموال"[2]، وفي الوقت ذاته يُسمي الحنابلة الكفالة بالمال ضماناً، ويطلقون الكفالة على الكفالة بالنفس[3].

المبحث الثاني: تعريف الكفالة اصطلاحاً.

أولاً: المذهب الحنفي:

أورد فقهاء الحنفية تعريفات للكفالة منها:

١- التعريف الأول:" ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة" [4].

شرح التعريف: قوله" ضم" قيد أخرج به الحوالة؛ إذ أنها نقل لا ضم، أما الذمة لغة فهي العهد؛ لأن نقضه يوجب الذم، ويراد بها كذلك الأمان والضمان، وشرعا منهم من جعلها وصفا فعرَّفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنها نفس لها عهد؛ فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء بخلاف سائر الحيوانات.[5] فتُضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي- المضمون عنه- في المطالبة بأداء الدين فقط، ويكون الدَّين باقياً في ذمة الأصيل، فالاشتراك في الضم إنما هو في المطالبة لا في الدَّين[6].

والتعريف أشار إلى أن الضم بين ذمة الكفيل والأصيل إنما هو في المطالبة لا غير، وبناء عليه لا تُشغل ذمة الكفيل بالدَّين، وإنما حق الدائن في مطالبته ليكون ذلك دافعاً للأصيل على الوفاء بما عليه. ويؤخذ على هذا التعريف أنه جامع

---

[1] – مواهب الجليل، الحطاب(٥/٩٦-٩٧)؛ أسنى المطالب، زكريا الأنصاري(٢/٢٣٥).

[2] – الأم، الشافعي(٣/٢٣٥).

[3] – الإنصاف، المرداوي(٥/٢٠٩،١٨٩).

[4] – فتح القدير، ابن الهمام(٧/١٦٣).

[5] – التعريفات، الجرجاني(١/١٤٣)؛ المصباح المنير، الفيومي(١/٢١٠)؛ أنيس الفقهاء، القونوي، (١/١٢٨).

[6] – تبيين الحقائق، الزيلعي(٤/١٤٦)؛ فتح القدير، ابن الهمام(٧/١٦٣)، البحر الرائق، ابن نجيم(٦/٢٢٤).

لأنواع الكفالة بلفظه، غير أن ابن عابدين أورد إضافة للتعريف بقوله:" ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً بنفس أودين أوعين"[1]. وبهذا يكون التعريف شاملاً لأنواع ما أراد تعريفه عندهم.

التعريف الثاني: الضمان ضم ذمة إلى ذمة في الدين، يثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل[2].

شرح التعريف: أن الكفيل تضم ذمته إلى الأصيل فيثبت في ذمته الدين ويكون ملزماً كالأصيل بالدين، وتبرأ الذمة بالوفاء من أحدهما، فالكفالة إقراض للذمة والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين.

وقد يناقش هذا التعريف بأنه نصَّ على أن الضم بين ذمة الكفيل والمدين في الدين، فتُشغل ذمة الكفيل بالدَّين كذمة الأصيل، ويكون مطالباً بالسداد، وعلى هذا فإن التعريف غير جامع؛ لأنه خاص بنوع من أنواع الكفالة؛ وهي الكفالة بالمال.. وقد اختار أكثر الحنفية التعريف الأول؛ لأنهم يرون أن التعريف بالمطالبة أعم؛ لأنه يشمل أنواع الكفالة الثلاثة وهي الكفالة بالمال وبالنفس وبالأعيان، بخلاف التعريف الثاني فإنه لم يعرف النوعين الآخرين فكان مُختصَّاً بكفالة المال[3].

ثانياً: المذهب المالكي.

يُعرِّف المالكية الضَّمان بتعريفات عدة منها:

التعريف الأول: التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبُهُ مَنْ عليه لمن هو له[4].

شرح التعريف: أن الضمان يتم بالتزام البالغ العاقل المختار فلا يصح من الصَّبي والمجنون والمُكره والسفيه، ويكون الالتزام إما بضمان المال، أو بالطلب

---

[1] - رد المحتار، ابن عابدين (٢٨٢/٥-٢٨٣).

[2] - المصدر السابق ص(٢٨٢).

[3] - المصدر نفسه.

[4] - بلغة السالك، الصاوي،(٤٢٩/٣).

من المكفول عنه لصاحب الحق بما يدل على الضمان من صيغة أو غيرها كإشارة مفهمة أو كتابة، وسواءٌ كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدَّين أو مجرداً عن ذلك[١].

ويُناقش هذا التعريف؛ أنه أشار إلى ضمان الوجه بأنه طلب الوفاء من المــدين للدائن على حين أنهم يرون أن الضامن في ضمان الوجه يغرم المال للدائن، فــلا يكون الشمول للأنواع واضحاً، كما أنه لم يتعرض للضم بين الــذمتين؛ الــضامن والمضمون عنه، وهو أهم ما يُميِّز الضمان[٢].

التعريف الثاني:" الضمان شغل ذمة أخرى بالحق"[٣].

شرح التعريف: قوله "شغل"؛ جنس شامل للمعرَّف ولغيره من البيع والحوالــة؛ لأن في البيع شَغْلاً لذمة المشتري بالحق. وفي الحوالة شَغْلٌ لذمة المحــال عليــه بحق المحال. وقوله " أخرى"؛ فصل أخرج به البيع والحوالة وغيرها من أنــواع الضمان غير المقصود بالتعريف، لأن في البيع والحوالة براءة ذمة لا إشــغالها. وقوله "شغل ذمة"؛ من إضافة المصدر لمفعوله، والمراد: أن يشغل رب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون عنه سواء كان المضمون عنه أو الضامن متعــدداً أو مفرداً. وذلك بالحق الواجب بلا توقف على شيء، أو بعد التوقف على شيء آخر كعدم إتيان المضمون في الوجه أو تهريبه أو تفريط الضامن في الطلب[٤].

ويناقش هذا التعريف: بأنه أطلق الشغل بالحق، ولم يبين أنواع الحق، ومعلــوم أن الإطلاق يقصد به العموم، ولكن الأولى التصريح بالأنواع نصاً لا مفهوماً[٥].

---

١ – بلغة السالك، الصاوي،(٣/٤٢٩).

٢ – نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)، د. محمد بن إبراهيم الموسى(١/١٤١)، إدارة الثقافة والنشر بجامعــة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،١٤١١هــ،١٩٩١م.

٣ – التاج والإكليل، العبدري (٧/٣٠)؛ حاشية الدسوقي (٣/٣٣٠).

٤ – حاشية الدسوقي (٣/٣٣٠).

٥ – نظرية الضمان، الموسى(١/١٤١).

ثالثاً: المذهب الشّافعي.

عرَّف الشافعية الضمان بتعريفات عدة منها:

التعريف الأول: يطلق على التزام الدَّين والبدن والعين، وعلى العقد المحصل لذلك.

شرح التعريف: يريد أن الضمان عقد يقتضي التزام حق ثابت سواء كان مالاً أو منفعة أو إحضار العين أو البدن ممن يستحق حضوره.

وقوله:" وعلى العقد المحصل لذلك"؛ أن الضمان يطلق على كل من الضمان والأثر، وقد ذُكر في التعريف أنواع الضمان[١].

فالتعريف السابق وإن كان شاملاً لأنواع الضمان؛ الدين والبدن والعين فإنه لم يتطرق إلى ذكر الضم بين ذمة المضمون عنه والضامن في التزام الحق، وهذا من أهم ما يميز الضمان.

التعريف الثاني: التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة والعقد الذي يحصل به ذلك[٢].

شرح التعريف: أن الضمان التزام حق، وهو شامل، غير أنه لا بد أن يكون الحق المضمون ثابتاً في ذمة الغير لأنه لا يجوز عند الشافعية ضمان ما لم يجب بل لا بد أن يكون المضمون ثابتاً[٣].

ثم أشار إلى القسم الثاني، وهو كفالة النفس بقوله :"أو إحضار من هو عليه"، أو يكون المضمون عيناً من الأعيان المضمونة، وهذا يخرج به الأعيان التي هي أمانة كالوديعة ونحوها[٤].

---

١ – نهاية المحتاج، الرملي(٤٣٢/٤).

٢ – أسنى المطالب، زكريا الأنصاري(٢٣٥/٢)؛ الغرر البهية في شرح الروضة الوردية، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري(١٤٩/٣)، المطبعة الميمنية.

٣ – الأم، الشافعي(٢٨٤/٨).

٤ – الغرر البهية، الأنصاري(١٤٩/٣).

وهذا التعريف: لا يختلف عن الأول في كونه يشمل أنواع الضمان وفي كــون الضمان عقداً. وإنما يختلف عن الأول في كون الثاني قد نص على أنه لا بــد أن يكون الدين الملتزم ثابتاً عند الضمان، وذلك بناء على أنه لا يجوز عندهم ضمان الحقوق غير الثابتة، ومن هذا يكون التعريف الثاني أولى لاشتماله علــى أفــراد المُعرف عند الشافعية، إلا أنه يرد عليه ما يرد على التعريف الأول من أنه لــم يذكر الضم بين الذمتين مما يتوهم معه أن الالتزام بتحول الدَّين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فكان الأولى الإشارة إليه[1].

رابعاً: المذهب الحنبلي.

عرَّف الحنابلة الضمان بتعريفات منها:

التعريف الأول: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التــزام الحــق، فيثبت في ذمتهما جميعاً[2].

بيَّن التعريف أن الضمان مشتق من الضم وقد اختلف في اشتقاقه؛ فقيل هو من الضم، ولكن صاحب المغني وغيره من أهل العلم ذكروا أنه مأخوذ من التضمين؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، فيثبت في ذمتيهما الدين والمطالبة، ولرب الحــق مطالبة الضامن والمضمون معا لثبوت الحق بذمتيهما وله مطالبة أيهما شاء؛ لأن الكفيل لو قال: التزمت أو تكفلت بالمطالبة دون أصل الدين؛ لم يصح– في الحياة والموت ويؤخذ من تركته–، فإن قيل: الشيء الواحد لا يشغل محلين. أُجيب بــأن إشغاله على سبيل التعلق والاستيثاق؛ كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن. ولكــن التعريف لا يخلو من الدور–توقف كل من الشيئين على الآخر– كما هــو ظــاهر بذكر الضامن والمضمون عنه[3].

---

[1] – نظرية الضمان، الموسى(١/١٤٢-١٤٣).

[2] – الإنصاف، المرداوي (١٨٩/٥).

[3] – دقائق أولي النهى شرح منتهى الإرادات، البهوتي(١٢٣/٢)؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الرحيباني(٢٩٦/٣)؛ الإنصاف، المرداوي (١٨٩/٥).

التعريف الثاني: التزام من يصح تبرعه أو التزام مفلس برضاهما ما وجب على غيره أو ما يجب على غيره مع بقائه عليه[1].

شرح التعريف: أي أن الضمان يكون بالتزام جائز التصرف، فلا يصح من صغير ولا مجنون ولا سفيه؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلا يصح منهم كالشراء، كذلك يكون بالتزام المفلس برضا الطرفين؛ لأن منع المفلس من التصرف في ماله لا في ذمته كالراهن يتصرف في غير الرهن. والملتزم فيه هو الدين أو غيره مما يُضمن سواء كان واجباً في الماضي أو يجب في المستقبل، وهذا الالتزام لا ينقل الحق إلى الملتزم وإنما يكون الحق شاغلاً للذمتين معاً؛ لذمة الكفيل بالضمان وللأصيل بالبقاء على أصله[2].

وهذا التعريف لم يذكر الضم بين ذمة المضموم عنه مع ذمة الضامن مما قد يوهم أن الالتزام بتحول الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وكذلك فإن التعريف لم يذكر القسم الثاني للضمان وهي كفالة النفس[3].

خامساً: المذهب الظَّاهري.

يُعرِّف ابن حزم الضَّمان بأنه سقوط الحق عن الذي كان عليه، وانتقاله إلى الضامن و لزومه بكل حال[4].

شرح التعريف: المراد أن الدَّين ينتقل من ذمة المدين إلى ذمة الضامن، ولا يبقى في ذمة المضمون عنه، ولا رجوع للدائن على الأصيل ولو تعذر أخذ الحق من الكفيل[5].

ويناقش التعريف: بأن الضَّمان لا ينقل الحقَّ، كما هو الحال في الحوالة، وإنَّما يضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه.

---

[1] – كشاف القناع، البهوتي(٣/٣٦٢).

[2] – المصدر نفسه.

[3] – نظرية الضمان، الموسى(١/١٤٤).

[4] – المحلى، ابن حزم(٦/٣٩٦).

[5] – المصدر نفسه.

وبالنظر إلى هذه التعريفات التي أوردها الفقهاء يتضح أن كلاً منهم إنما عرَّف الضمان بالأثر المترتب عليه عنده. وتتفق رؤيا جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في أن الضمان يترتب عليه ضم ذمة الضامن والمضمون عنه، واشتراكهما في الضمان بكونه (ضم ذمة)، فمن خلال تلك التعريفات يتبين ما يأتي[1]:

١- نصَّ البعض على أن الضمان عقد، ويترتب على هذا أنه لا بد من إيجاب وقبول لكي يتم الانعقاد، على حين يرى جمهور الفقهاء أن الضمان تبرع يتم بإرادة الضامن وإيجابه وحده دون توقف على قبول الدائن، فهو من التصرف بالإرادة المنفردة.

٢- أن تعريفات الجمهور متحدة المعنى، وجميعها مبنية على أساس أن حكم الكفالة هو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل.

٣- في التعريف الأول للحنفية يكون انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة فقط مع بقاء الدين في ذمة الأصيل. أما تعريفات الفقهاء الآخرين فإنها تدل على انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين والمطالبة؛ بمعنى أن ذمة الكفيل تصبح مشغولة به مع بقائه شاغلاً لذمة الأصيل.

٤- أن تعريفات المالكية والشافعية والحنابلة لا تختلف عن بعضهما في مضمونها إلا من حيث إيراد بعض الاشتراطات والقيود التي يراها بعضهم.

وبعد هذه الدراسة يمكن وضع تعريف جامع مانع للضمان(الكفالة)؛ على النحو الآتي:

الضمان{الكفالة}:" ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق الواجب حالاً أو مستقبلاً"[2].

---

١ – الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، د. علي أحمد السالوس، ص(٢٠-٢٣)، دار الاعتصام، ط(٢)، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م؛ نظرية الضمان، الموسى(١/١٤٥-١٤٦).

٢ – نظرية الضمان، الموسى(١/١٤٥).

وهذا التعريف- بالرغم من وجود الدور فيه بذكر الضامن والمضمون عنه- شامل لأنواع الضمان؛ لأن التزام الحق قد يكون بالمال وقد يكون بالنفس.

ومع أنه جامع لأفراد المعرف فهو مانع لدخول غير المعرف في التعريف كضمان الغاصب أو المستعير. ولعله من المكن كذلك تعريف الضمان بأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة.

المبحث الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالكفالة.

ذكر أهل العلم ألفاظاً ذات صلة بالكفالة وإن كان بعضها قد يفارق الكفالة في المعنى وبعض الأحكام، ومن أبرز الأمثلة على ذلك الحوالة، وهناك القسم الأعظم منها الذي يوافق الكفالة معنىً وحكماً، فمن هذه الألفاظ ما يأتي:

١- الحَمَالة: حمل به وعنه يحمل حمالته، كفله وضمنه، فهو: حامل، وحَميل، وهي ما يتحمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة.

ووجه الصلة بين الحمالة والكفالة: أن العرف خصَّ الحمالة بالدية والغرم لإصلاح ذات البين، وأطلق الكفالة على ضمان الدين والعين والنفس[١].

٢- الحوالة لغةً: من حال الشيء حولاً وحؤُوْلاً: تحوّل؛ وتحوّل من مكانه؛ انتقل عنه وحولتُه تَحْوِيْلاً؛ نقلته من موضع إلى موضع[٢].

وفي الإصلاح عند الحنفية: نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم[٣].

وعرَّفها غير الحنفية: بأنها عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة[٤].

١- المدونة، مالك بن أنس الأصبحي،(٩٦/٤)، دار الكتب العلمية؛ شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الرصاع،(ص٣٠٩)، المكتبة العلمية؛ الأم، الشافعي،(٢٠٦/٨).

٢- لسان العرب، ابن منظور (٤٠٥/٣).

٣- المدونة، مالك بن أنس الأصبحي،(٩٦/٤)، دار الكتب العلمية؛ شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الرصاع،(ص٣٠٩)، المكتبة العلمية؛ الأم، الشافعي،(٢٠٦/٨).

٣ - المبسوط، السرخسي،(٢١/٧)؛ بدائع الصنائع،الكاساني،(١١/٥).

٤ - مواهب الجليل، الحطاب (٢٨٧/١٤)؛ الفواكه الدواني، النفراوي،(٢٤٠/٢)؛ مغني المحتاج ، الشربيني (١٩٩/٣)؛ المغني، ابن قدامة (٦٠٤/٤).

والحوالة بخلاف الكفالة، فالكفالة ضم في المطالبة وليست نقلاً، أمَّا الحوالة فلا يُطالب المدين بعد الحوالة بالاتفاق(١).

مشروعية الحوالة:

الحوالة بالدَّين جائزة بالسنة والإجماع، استثناء من منع التصرف في الدين بالدين(٢).

٣- القَبَالة: القبالة في الأصل مصدر قَبِلَ به إذا كَفِلَ، وقبل إذا صار كفيلا، وتقبل له: تكفل، والقبيل: الكفيل. وهي عبارة عن الالتزام، ومن ذلك يسمى الصَّك الذي هو وثيقة: قبالة، قال الله-ﷻ-:"﴿ أَوْ تَأْتِيَ بِٱللَّهِ وَٱلْمَلَـٰٓئِكَةِ قَبِيلاً ﴾" (٣)؛ أي كفلاء، يكفلونه بما يقول، وكثير من الفقهاء يستعمل لفظ القبالة بمعنى الكفالة، ولكن بعضهم خص الكفالة بالنفس أو العين، وعمم القبالة في المال والدية والنفس والعين. والقبالة عند بعض الفقهاء أعم من الكفالة(٤).

٤- الزعامة؛ وهي بمعنى الكفالة، قال الله-ﷻ-:"﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾(٥).

٥- لفظ عليَّ وإليَّ وعندي؛ أي أنا ملتزم بتسليمه؛ لأن مبلغ كلمات اللزوم عليَّ وإليَّ، وإليَّ هنا؛ بمعنى عليَّ، وفي الحديث قال:-ﷺ-:" مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا فَإِلَيْنَا"(٦)، أو قال عليَّ معناه أنا ملتزم له، وكذلك لو قال: فإليَّ المال أو فعليَّ المال؛ لأن هذا من ألفاظ الكفالة، وكذلك لو قال: فعندي له هذا المال؛ لأن

---

١ – المبسوط ،السرخسي (١٩/١٦١-١٦٢)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، د.وهبة الزحيلي،(٥/١٦٢).

٢ – الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي (٥/١٦٣). سبق الحديث عنها في الفصل التمهيدي.

٣ – سورة الإسراء، آية(٩٢).

٤ – شرح مختصر خليل الخرشي،(٦/٣٦)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية،(٣٢/٢٤٣).

٥ – سورة يوسف، آية(٧٢).

٦ – صحيح البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب الصلاة على من ترك ديناً، ح(٢٢٢٣).

كلمة "عند" عبارة عن القرب، وقرب الدين منه إما بالتزام أصله في ذمته، أو بالتزام المطالبة به[١].

وهناك ألفاظ أخرى ترادف كلمة الكفالة وتعطي نفس المعنى وتأخذ نفس الأحكام، وقد فصلها أهل العلم في ثنايا ما كتبوه من روائع الكلم، منهم الإمام القرافي[٢]، حيث قال:" ومعنى الكفالة لغة الخبر الدَّال على الضمان وهي القبالة، ومنه قول الله-ﷻ-:"﴿ أَوْ تَأْتِيَ بِٱللَّهِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ قَبِيلاً ﴾" [٣]، أي ضامنا والحمالة، والأذانة، والزعامة، ومنه قول الله-ﷻ- عن منادي يوسف-عليه السلام-:" ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾"[٤]، أي ضامن، ... وهي سبعة ألفاظ مترادفة: الحميل، والزعيم، والكفيل، والقبيل، والأذين، والصَّبير، والضامن، حمل يحمل حمالة فهو حَميل، وزعم يزعم زعامة فهو زعيم، وكفل يكفل كفالة فهو كفيل، وقبل يقبل قبالة فهو قبيل، وأذن يأذن أذانة فهو أذين، وصبر يصبر صبرا فهو صبير، وضمن يضمن ضمانة فهو ضامن، قال الله-ﷻ-:"﴿ وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً ﴾ "[٥]، وفي الحديث قال رسول الله-ﷺ-:" تَكَفَّلَ اللَّهُ لِمَنْ جَاهَدَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا الْجِهَادُ فِي سَبِيلِهِ وَتَصْدِيقُ كَلِمَاتِهِ بِأَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ أَوْ يَرْجِعَهُ إِلَى مَسْكَنِهِ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ مَعَ مَا نَالَ مِنْ أَجْرٍ أَوْ غَنِيمَةٍ"[٦]، والأذانة، في قول الله-ﷻ-:

١- المبسوط، السرخسي(١٩/١٨٩،١٦١)؛ حاشية الدسوقي(٣/٣٤٧)؛ المحلى، ابن حزم(٦/٣٩٦).

٢- هو شهاب الدين؛ أبو العباس أحمد بن أبي -العلاء- إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يلين المصري؛ الإمام العلامة وحيد دهره وفريد عصره - أحد الأعلام المشهورين انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله تعالى وجد في طلب العلوم فبلغ الغاية القصوى فهو الإمام الحافظ والبحر اللافظ المفوه المنطيق والآخذ بأنواع الترصيع والتطبيق دلت مصنفاته على غزارة فوائده وأعربت عن حسن مقاصده جمع فأوعى وفاق أضرابه جنساً ونوعاً. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي(ابن فرحون اليعمري)، (١ / ٣٧)؛ معجم المؤلفين، كحالة(١/١٥٨).

٣- سورة الإسراء، آية(٩٢).

٤- سورة يوسف، آية(٧٢).

٥- سورة النحل، آية(٩١).

٦- صحيح البخاري، كتاب فرض الخمس، باب قول النبي أحلت لي الغنائم، ح(٢٨٩١).

﴿ وَإِذۡ تَأَذَّنَ رَبُّكَ لَيَبۡعَثَنَّ عَلَيۡهِمۡ إِلَىٰ يَوۡمِ ٱلۡقِيَٰمَةِ مَن يَسُومُهُمۡ سُوٓءَ ٱلۡعَذَابِ ﴾[١]؛ أي التزم ذلك، ومن ذلك أيضاً قول الله-ﷻ-:" ﴿ وَإِذۡ تَأَذَّنَ رَبُّكُمۡ لَئِن شَكَرۡتُمۡ لَأَزِيدَنَّكُمۡ ﴾[٢]، وأصل الأذانة والإذن والأذين والإذن، وما تصرف من هذا الباب الإعلام والتكفيل"[٣].

---

[١] – سورة الأعراف، آية(١٦٧).

[٢] – سورة إبراهيم، آية(٧).

[٣] – بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٢-٣)؛ درر الحكام، علي حيدر(٧٤٢/١)؛ بلغة السالك، الصاوي(٤٢٩/٣) ( ) الفروق، القرافي(٣٦/٣)؛ المحلى، ابن حزم(٣٩٦/٦).

* الفصل الثاني: مشروعية الكفالة، ويحتوي على أربعة مباحث:
المبحث الأول: مشروعية الكفالة في القرآن الكريم.
المبحث الثاني: مشروعية الكفالة في السنة المطهرة.
المبحث الثالث: مشروعية الكفالة من الإجماع.
المبحث الرابع: مشروعية الكفالة من المعقول.

الفصل الثاني: مشروعية الكفالة.

ثبتت مشروعية الكفالة بالكتاب والسنَّة والإجماع والمعقول، وفيما يأتي بيان ذلك في أربعة مباحث متتالية.

المبحث الأول: مشروعية الكفالة في القرآن الكريم.

ورد لفظ الفعل(يكفل) في القرآن الكريم بمعنى يتعهد الصغير ويرعى شؤونه، ولم يأت بمعنى يضمن؛ فمن الأمثلة التي تبين ذلك[١]:

١- قال الله-ﷻ:"﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾"[٢].

٢- قال الله-ﷻ-:" ﴿إِذْ تَمْشِيٓ أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُۥ ﴾"[٣].

٣- قال الله-ﷻ- :" ﴿فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰٓ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُۥ لَكُمْ وَهُمْ لَهُۥ نَٰصِحُونَ ﴾"[٤].

٤- وورد الفعل (كفَّل)، في قول الله-ﷻ- :" ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنۢبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾"[٥].

٥- وكذلك ورد الفعل (أكفل)، مرة واحدة في قول الله-ﷻ-:" ﴿ إِنَّ هَٰذَآ أَخِى لَهُۥ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِىَ نَعْجَةٌ وَٰحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِى فِى ٱلْخِطَابِ ۝٢٣﴾"[٦].

فالمعنى لمادة (كفل) في الآيات الكريمة السابقة؛ التعهد ورعاية الشؤون[٧].

---

١ - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(٢٧-٢٩).

٢ - سورة آل عمران، آية (٤٤).

٣ - سورة طه، آية (٤٠).

٤ - سورة القصص، آية (١٢).

٥ - سورة آل عمران، آية (٣٧).

٦ - سورة ص، آية (٢٣).

٧ - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي(١٥٢/١٥)؛ تفسير أبي السعود(إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم)،(٣٠/٢)؛ زاد المسير في علم التفسير، عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي،(١٢٠/٧)، المكتب الإسلامي؛ الدر المنثور، عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي،(٣٩٦/٦)، دار الفكر- بيروت، ط(١)،١٩٩٣م.

٦- ومن ذلك أيضاً ورود كلمة (كفيل)، في قول الله-ﷻ-:" ﴿وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ﴾"[1]. أي مهيمناً ورقيباً[2].

ولكن المتدبر يرى أن مشروعية الكفالة ثبتت بالقرآن الكريم بلفظ عـدا لفـظ (كفل)، فمن الأدلة على مشروعية الكفالة من الكتاب:

أ- قال الله-ﷻ-:" ﴿قَالُوا۟ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾"[3].

فالزعيم هو المؤذن الذي قال: أيتها العير والزعيم والكفيل والحميل والـضمين والقبيل سواء[4].

وذكر بعض المفسرين؛ أن قوله: وأنا به زعيم من باب الضمان والكفالة[5].

وجه الدلالة من الآية :

أن الله-ﷻ- قد ذكر أن المنادي قد تّكَّفل عن الملك لمن جاء بصواعه بحمـل بعير من الطعام[6].

وقد اعتُرِض على الاستدلال بالآية بما يأتي :

١- أنه ليس من باب الكفالة، لأنه ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان، وإنما هو رجل التزم عن نفسه وضمن منها، وذلك جائز لغة لازم شرعاً[7].

---

١ - سورة النحل، آية (٩١).

٢ - الجامع لأحكلم القرآن، القرطبي(١٥١/١٠)؛ تفسير أبي السعود، أبو السعود(١٣٧/٥).

٣ - سورة يوسف، آية (٧٢).

٤ - جامع البيان في تفسير القرآن، ابـن جريـر الطبـري (١٤/١٣)؛ الجـامع لأحكـام القـرآن الكـريم، القرطبي(١٩٧/٩)؛ تفسير أبي السعود، أبو السعود(٢٩٥/٤)؛ الجواهر الحسان في تفسير القرآن، عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي،(١٤٩/٢)، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات- بيروت؛ التبيان في تفـسير غريـب القرآن، شهاب الدين أحمد بن محمد الهائم المصري،(٢٤٧/١)، تحقيق أنور الدابولي، دار الصحابة للتـراث- القاهرة، ط(١)، ١٩٩٢م.

٥ - تفسير القرآن العظيم، ابن كثير(١٤٦٢/٢).

٦ - المبسوط، السرخسي(٢/٢٠)؛ أحكام القرآنن ابن العربي(٦٦/٣).

٧ - فتح القدير، ابن الهمام(١٨٤/٧).

وقد ذكر أبو بكر الجصاص تضعيف الاستدلال بالآية لجواز أن يكون لبيان الإجارة لا الكفالة؛ لأن هذا القائل ضامن عن نفسه فلا يكون فيها دليل على الكفالة.

قال أبو بكر الجصاص:" ظن بعض الناس أن ذلك كفالة عن إنسان، وليس كذلك؛ لأن قائل ذلك جعل حمل بعير أجرةً لمن جاء بالصاع، فهذا القائل لم يضمن عن إنسان شيئا، وإنما ألزم نفسه ضمان الأجرة لرد الصاع، وإن هذا إجارة جائزة"[1].

٢- أنه يمكن الاستدلال بالآية بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا، وهذا غير صحيح؛ لأن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا؛ لأنها شريعة مخصوصة ببعض الأمم وفي بعض الأزمنة، وإنما جاءت شريعتنا عامة وناسخة لكل ما تقدمها، وهذا رأى لبعض العلماء، ومنهم بعض الشافعية[2].

ويجاب عن هذه الاعتراضات بما يأتي :

أولاً: يجاب عن الاعتراض الأول: بأن الاستدلال بالآية على الكفالة صحيح، ويمكن الرد على المعترض بالنقاط الآتية[3]:

١- بأنَّه لا فرق بين التزام الإنسان عن نفسه وبين التزامه عن غيره، ولا يمكن قصر الاستدلال بالآية على أنها ضمان عن النفس فقط بذلك.
٢- أن الاستدلال بالآية على صحة الكفالة واضح؛ ذلك أن الزعيم حقيقة الكفيل، والمُؤَذِّنُ إنما نادى عن غيره، وهو المَلِكُ، فكأنه قال: الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير؛ لأنه إنما نادى عن أمره، ثم كفل عن الملك

---

١ – أحكام القرآن، الجصاص(٣/٢٥٦).

٢ – مغني المحتاج، الشربيني(٣/١٩٩)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد البجيرمي، دار الفكر(٣/١٢٣).

٣ – أحكام القرآن، ابن العربي(٣/٦٤)؛ فتح القدير، ابن الهمام(٧/١٨٤)؛ إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية (٣/٢٩٨).

بالجُعل فلا يكون ضامناً عن نفسه وإنما عن غيره؛ وهو المَلِك.
فتكون الآية دالة على مشروعية الكفالة.

ثانياً: ويجاب عن الاعتراض الثاني؛ بأن شرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد في شرعنا خلافه؛ لأن الأصل هو وحدة الشرائع السماوية، وذِكرُ الله الأمر دون إنكار يدل على أنه مشروع في الإسلام؛ لأن ما ذكر عن الأمم السالفة لا يخلو من النص بتخصيصه أو تعميمه، فإن نصَّ على تخصيصه فيعتبر خاصًّاً بهم وإلا فيعتبر عامًّاً[1].

وبذلك تكون الآية دالة على مشروعية الكفالة.

ومما يستدل به كذلك على جواز الكفالة بالنفس؛ قول الله-ﷻ-:" ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ۖ فَلَمَّآ ءَاتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ ٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴿٦٦﴾﴾"[2].

فهذه الآية يستأنس بها في بيان جواز كفالة البدن، وهي شرع من قبلنا، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد في شرعنا خلافه، فكيف إذا ورد في شرعنا ما يوافقه[3].

ومن الألفاظ التي وردت في القرآن الكريم بمعنى الكفيل؛ كلمة "" قَبيل"، حيث جاء قول الله-ﷻ-:"﴿ أَوْ تَأْتِىَ بِٱللَّهِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ قَبِيلاً ﴾"[4]، أي كفيلا[5].

---

[1] – البحر المحيط، الزركشي(٤٥/٨)؛ حاشية الجمل(فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، سليمان بن منصور العجيلي المصري(٣٧٨/٣)، دار الفكر؛ المبسوط، السرخسي(١٦١/١٩)؛ تبيين الحقائق، الزيلعي(١٥٣/٤).

[2] – سورة يوسف، آية(٦٦).

[3] – مغني المحتاج، الشربيني(٢٠٧/٣)؛ المغني، ابن قدامة(٣٥٧/٤)؛ البحر المحيط، الزركشي(٤٥/٨)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص١٨٨).

[4] – سورة الإسراء، آية(٩٢).

[5] – الجامع لأحكام القرآن، القرطبي(٦٠/٧)؛ تفسير أبي السعود،(١٩٥/٥)؛ الفروق، القرافي(٥٨/٣).

ومما ينبغي التنبيه إليه؛ أنه لا يُستدل من هذه الآية على مـشروعية الكفالـة، وإنما تبين جواز استعمال كلمة القبيل بمعنى الكفيل كصيغة من صيغ الإيجاب في الكفالة[١].

المبحث الثاني: مشروعية الكفالة في السنَّة المطهَّرة.

مشروعية الكفالة في السنة النبوية تتمثل في ما ورد عن الرسول-ﷺ- قولاً أو فعلاً أو تقريراً. وقد أثبتت السنة الشريفة المبينة بجواز الكفالة، فمن الأحاديث التي تبين ذلك ما يلي:

أولاً: السنَّة القولية.

ورد عن رسول الله-ﷺ- جملة من الأحاديث التي تبين جواز الكفالة منها:

أولاً: حديث سلمه بن الأكوع[٢]-ﷺ- قَالَ:" كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِـيِّ -ﷺ- إِذْ أُتِـيَ بِجَنَازَةٍ فَقَالُوا صَلِّ عَلَيْهَا فَقَالَ هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟ قَالُوا لَا. قَالَ فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟ قَالُوا لَا. فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى. فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلِّ عَلَيْهَا قَالَ هَلْ عَلَيْـهِ دَيْنٌ؟ قِيلَ نَعَمْ. قَالَ فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ فَصَلَّى عَلَيْهَا ثُمَّ أُتِـيَ بِالثَّالِثَـةِ فَقَالُوا صَلِّ عَلَيْهَا قَالَ هَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا لَا قَالَ فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا ثَلَاثَةُ دَنَـانِيرَ قَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ قَالَ أَبُو قَتَادَةَ[٣] صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّـهِ وَعَلَـيَّ دَيْنُـهُ فَصَلَّى عَلَيْهِ"[٤].

---

[١] – الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(٢٩).

[٢] – هو سملة بن عمرو بن الأكوع، وقد قيل إن الأكوع لقب، وكنيته أبو عامر، كان من أشـد النـاس بأسـا وأشجعهم قلبا وأقواهم راجلا، أعطاه رسول الله ﷺ في غزوة ذات قرد سهم الراجل والفـارس معـا ومـات بالمدينة سنة أربع وسبعين. مشاهير علماء الأمصار، محمد بن حبان البستي،(٢٠/١).

[٣] – اسمه الحارث بن ربعي بن رافع الأنصاري السلمي من بني سلمة بن سعد وقد قيل إن اسم أبـى قتـادة النعمان بن ربعي ويقال عمرو بن ربعي كان من سادات الأنصار وجلة الفرسان في أيام رسول الله ﷺ مـات بالمدينة سنة أربع وخمسين وهو ابن سبعين سنة. مشاهير علماء الأمصار، محمد بن حبان البستي،(١٤/١).

[٤] – صحيح البخاري، كتاب الحوالة، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز،ح(٢٢٨٩).

ثانياً: عن جابر[1] -رضي الله عنه- قَالَ:" تُوُفِّيَ رَجُلٌ فَغَسَّلْنَاهُ وَحَنَّطْنَاهُ وكَفَّنَّاهُ ثُمَّ أَتَيْنَا بِهِ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- يُصَلِّي عَلَيْهِ فَقُلْنَا تُصَلِّي عَلَيْهِ فَخَطَا خُطًى ثُمَّ قَالَ أَعَلَيْهِ دَيْنٌ قُلْنَا دِينَارَانِ فَانْصَرَفَ فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ فَأَتَيْنَاهُ، فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: الدِّينَارَانِ عَلَيَّ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ-:" أُحِقَّ الْغَرِيمُ وَبَرِئَ مِنْهُمَا الْمَيِّتُ"، قَالَ: نَعَمْ. فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ فَقَالَ إِنَّمَا مَاتَ أَمْسِ قَالَ فَعَادَ إِلَيْهِ مِنْ الْغَدِ فَقَالَ لَقَدْ قَضَيْتُهُمَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ-:"الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ"[2].

وجمع بين قوله في حديث سلمه بن الأكوع: ثلاثة دنانير، وبين حديث جابر: ديناران، بأحد الوجوه الآتية[3]:

١-أن الدَّين كان دينارين وشطراً، فمن قال:"ثلاثة"، جبر الكسر، ومن قال:" ديناران"، ألغاه.

٢-أنَّ الدَّين كان في الأصل ثلاثة؛ فقضى قبل موته ديناراً، فمن قال:"ثلاثة"، اعتبر أصل الدين، ومن قال:" دينارين"، اعتبر الباقي.

٣- وقيل يُحتَمل أنهما قصَّتان، ولكن ذلك بعيد الاحتمال، والأول أولى كما في الفتح؛ قال ابن حجر[4]" ويجمع بينهما بأنهما كانا دينارين وشطرا ، فمن قال ثلاثة جبر الكسر ومن قال ديناران ألغاه ، أو كان أصلهما ثلاثة فوفى قبل موته دينارا

---

[1] - جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب بن غنم بن كعب بن سلمة الأنصاري السلمي يكنى أبو عبد الله وأبو عبد الرحمن وأبو محمد، وكان له حلقة في المسجد النبوي يؤخذ عنه العلم، يقال مات سنة ثلاث وسبعين ويقال إنه عاش أربعا وتسعين سنة.الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني(٤٣٤/١).

[2] - سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب التشديد في الدين،(٢٦٧/٢)، ح(٣٣٤٣)، والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني، قال الألباني: صحيح، سنن النسائي، كتاب الجنازات، باب الصلاة على من عليه دين، (٦٥/٤)، ح(١٩٦٢)، مختصر إرواء الغليل، الألباني،(٢٧٧/١)، ح(١٤١٦).

[3] - نيل الأوطار، الشوكاني (٢٩٤/٥).

[4] - أحمد بن علي بن محمد بن علي بن أحمد الكناني العسقلاني الأصل، المصري المولد والمنشأ والدار والوفاة، الشافعي، يعرف بابن حجر، محدث، مؤرخ، أديب، شاعر، توفي في ١٨ ذي الحجة، سنة ٨٥٢هـ، له فتح الباري بشرح صحيح البخاري.الإصابة في تمييز الصحابة، معجم المؤلفين، كحالة(٢٠/١-٢١).

وبقي عليه ديناران ، فمن قال ثلاثة فباعتبار الأصل ومن قال ديناران فباعتبار ما بقي من الدين ، والأول أليق"[1].

ثالثاً: حديث أبي سعيد الخدري[2]-ﷺ- قال:" كنَّا مَعْ رسول الله -ﷺ- في جنازة، فلما وُضِعَت، قال رسول-ﷺ-:" هل على صاحبكم من دين؟". قالوا:" نعم درهمان". قال-ﷺ-:"صلوا على صاحبكم". فقال علي-ﷺ-:"يا رسول الله هما عليَّ وأنا لهما ضامن". فقام فصلى عليه، ثم أقبل على عليٍّ، وقال:" جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك". وورد من طرق أخرى وفي آخره:" ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة"، وفيه زيادة، فقال بعضهم:" هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامة؟".فقال:" للمسلمين عامة"[3].

وجه الدلالة من الأحاديث الماضية[4]:

أن الرسول-ﷺ- قد امتنع عن الصلاة على الميت قبل ضمان أبي قتادة له فلما زال سبب الامتناع بضمان أبي قتادة لدين الميت صلى عليه الرسول-ﷺ- فكانت الكفالة مشروعة، وإلا لما اختلف الحال قبل الضمان وبعده.

وفي حديث علي إقرار الرسول-ﷺ- ضمان علي-ﷺ- للميت، ودعاؤه له بفك رهانه، وهذا يدل على مشروعية الكفالة، وإلا لما دعا له بذلك، بل يدل على أنها

---

١ - فتح الباري، ابن حجر(٤/٤٦٨).

٢ - سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة بن الأبجر وهو خدرة بن عوف بن الحارث بن الخزرج الأنصاري الخزرجي أبو سعيد الخدري مشهور بكنيته، شارك في الغزوات التي وقعت بعد أحد؛ لأن رسول الله-ﷺ- استصغره يوم أحد، وكان من أفقه أحداث الصحابة. الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني(٣/٧٨).

٣ - التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،(٣/٤٧)، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة،١٣٨٤هـ، ١٩٦٤م؛ ضعيف الترغيب والترهيب، محمد ناصر الدين الألباني، ٢٨٣/٠١)،ح(١١٣٤)، مكتبة المعارف- الرياض، في حين أن كتب السنن تذكر حديث أبا قتادة، الذي ورد فيه لفظ الديناران.

٤ - المبسوط، السرخسي،(١٠٨/٢٠)؛ تبيين الحقائق،الزيلعي،(٤/١٦٠)؛ الأم، الشافعي،(٢٠٦/٨)؛ الآداب الشرعية والمنح المرعية، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي،(١/٧٤)، عالم الكتب؛ الموسوعة الفقهية،(١٤/١٤١-١٤٢).

فوق ذلك مندوبة خاصة في مثل هذه الحالة؛ لما لها من أثر في تضامن المجتمع وبث روح التكافل الاجتماعي[1].

رابعاً: حديث أبي هريرة-ﷺ-:" أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ-ﷺ- كَانَ يُؤْتَى بِالرَّجُلِ الْمُتَوَفَّى عَلَيْهِ الدَّيْنُ فَيَسْأَلُ هَلْ تَرَكَ لِدَيْنِهِ فَضْلًا فَإِنْ حُدِّثَ أَنَّهُ تَرَكَ لِدَيْنِهِ وَفَاءً صَلَّى وَإِلَّا قَالَ لِلْمُسْلِمِينَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْفُتُوحَ قَالَ أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ فَمَنْ تُوُفِّيَ مِنْ الْمُؤْمِنِينَ فَتَرَكَ دَيْنًا فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ"[2].

وجه الدلالة من الحديث :

أنَّ الرسول-ﷺ- كان في صدر الإسلام لا يصلي على من مات ولم يترك وفاءً إلا إذا تكفل أحد بالوفاء عنه، ثم تكفل الرسول-ﷺ- بقضاء دين من مات من المسلمين ولم يخلف وفاءً لدينه، فضمانه-ﷺ- بذلك يدل على مشروعية الكفالة[3].

خامساً: حديث أبي أمامه الباهلي [4]-ﷺ- قال:" سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- فِي خُطْبَتِهِ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَالْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ وَمَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ التَّابِعَةُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا تُنْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْئًا مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا فَقِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا الطَّعَامَ قَالَ ذَلِكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا قَالَ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"[5].

---

[1] – نظرية الضمان، الموسى (١٦٥/١).

[2] – صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع،(ح(٢١٣٣).

[3] – نيل الأوطار، الشوكاني،(٢٨٣/٥)؛ حاشية الدسوقي (٢١٢/٢)؛ نهاية المحتاج، الرملي (٤٣٣/٤).

[4] – صديَّ بن عجلان بن وهب بن عمرو بن عامر بن رباح بن الحارث بن سهم بن عمرو بن ثعلبة بن قيس عيلان أبو أمامة الباهلى مات سنة ست وثمانين وهو بن إحدى وتسعين سنة وكان يصفر لحيته وكان أبو أمامة مع علي بصفين. الثقات، محمد بن حبان، أبو حاتم البستي(١٩٥/٣)، تحقيق السيد شرف الدين أحمد، دار الفكر، ط(١)، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م.

[5] – سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب تضمين العور،ح(٣٠٩٤)؛ سنن الترمذي، كتاب الوصايا عن رسول الله، باب ما جاء لا وصية لوارث،ح(٢٠٤٦)؛ السلسلة الصحيحة، الألباني(١٦٦/٢)، ح(٦١٠).

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول-ﷺ- جعل الزَّعيم؛ وهو الضامن والكفيل، غارماً، فلو لم يكن الضمان يلزمه إذا ضمن لما جعله غارماً يجب عليه وفاء ما التزم به، وهذا يدل على مشروعية الكفالة[١].

سادساً: حديث قبيصة بن مخارق الهلالي[٢]-رضي الله عنه-:" قَالَ تَحَمَّلْتُ حَمَالَةً فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ-ﷺ- أَسْأَلُهُ فِيهَا فَقَالَ أَقِمْ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا قَالَ ثُمَّ قَالَ يَا قَبِيصَةُ إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا لِأَحَدِ ثَلَاثَةٍ رَجُلٍ تَحَمَّلَ حَمَالَةً فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ثُمَّ يُمْسِكُ وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ اجْتَاحَتْ مَالَهُ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَقُومَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ فَمَا سِوَاهُنَّ مِنْ الْمَسْأَلَةِ يَا قَبِيصَةُ سُحْتًا يَأْكُلُهَا صَاحِبُهَا سُحْتًا"[٣].

وجه الدلالة :

أن النبي-ﷺ- أباح له الصدقة حتى يؤدي ما التزم به، فدل ذلك على أن الحمالة قد لزمته؛ لأنه قد حملها، وذلك يدل على مشروعية الضمان والحمالة[٤].

ثانياً: السنَّة الفعلية.

١- حديث ابن عباس-رضي الله عنه-:" أَنَّ رَجُلًا لَزِمَ غَرِيمًا لَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ -ﷺ- فَقَالَ مَا عِنْدِي شَيْءٌ أُعْطِيكَهُ فَقَالَ لَا وَاللَّهِ لَا أُفَارِقُكَ حَتَّى

---

[١] - المبسوط، السرخسي (٢٨/٢٠)؛ المدونة، مالك(٩٨/٤)؛ رد المحتار، ابن عابدين، (٢٨٥/٥).

[٢] - قبيصة بن مخارق الهلالي من قيس عيلان ويقال العجلي له صحبة. التاريخ الكبير، محمد بن إسماعيل البخاري،(١٧٣/٧)، تحقيق السيد هاشم الندوي، دار الفكر.

[٣] - صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب من تحل له المسألة، ح(١٧٣٠).

[٤] - نظرية الضمان، الموسى (١٦٨/١).

تَقْضِيَنِي أَوْ تَأْتِيَنِي بِحَمِيلٍ فَجَرَّهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ -ﷺ- كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ فَقَالَ شَهْرًا. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- فَأَنَا أَحْمِلُ لَهُ ... وَقَضَاهَا عَنْهُ"[1].

وجه الدَّلالة من الحديث :

أنَّ الرسول-ﷺ- تحمل عن الرجل دينه، وتحمُّلُ الرسول-ﷺ- يدل على مشروعية الكفالة وصحتها، و إلا لما تحمَّل فيها الرسول-ﷺ- بنفسه، والدلالة من هذا الحديث فعله-ﷺ- للكفالة[2].

ثالثاً: السنة التقريرية.

فقد ورد عن الرسول-ﷺ- ما يدل على أنه قد أقر الكفالة ومن ذلك:

حَدِيْثُ أَبِي هُرَيْرَةَ -رضي الله عنه-:" عَنْ رَسُولِ اللَّهِ -ﷺ- أَنَّهُ ذَكَرَ رَجُلًا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ سَأَلَ بَعْضَ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنْ يُسْلِفَهُ أَلْفَ دِينَارٍ فَقَالَ ائْتِنِي بِالشُّهَدَاءِ أُشْهِدُهُمْ فَقَالَ كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا قَالَ فَأْتِنِي بِالْكَفِيلِ قَالَ كَفَى بِاللَّهِ كَفِيلًا قَالَ صَدَقْتَ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَخَرَجَ فِي الْبَحْرِ فَقَضَى حَاجَتَهُ ثُمَّ الْتَمَسَ مَرْكَبًا يَرْكَبُهَا يَقْدَمُ عَلَيْهِ لِلْأَجَلِ الَّذِي أَجَّلَهُ فَلَمْ يَجِدْ مَرْكَبًا فَأَخَذَ خَشَبَةً فَنَقَرَهَا فَأَدْخَلَ فِيهَا أَلْفَ دِينَارٍ وَصَحِيفَةً مِنْهُ إِلَى صَاحِبِهِ ثُمَّ زَجَّجَ مَوْضِعَهَا ثُمَّ أَتَى بِهَا إِلَى الْبَحْرِ فَقَالَ اللَّهُمَّ إِنَّكَ تَعْلَمُ أَنِّي كُنْتُ تَسَلَّفْتُ فُلَانًا أَلْفَ دِينَارٍ فَسَأَلَنِي كَفِيلَا فَقُلْتُ كَفَى بِاللَّهِ كَفِيلًا فَرَضِيَ بِكَ وَسَأَلَنِي شَهِيدًا فَقُلْتُ كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا فَرَضِيَ بِكَ وَأَنِّي جَهَدْتُ أَنْ أَجِدَ مَرْكَبًا أَبْعَثُ إِلَيْهِ الَّذِي لَهُ فَلَمْ أَقْدِرْ وَإِنِّي أَسْتَوْدِعُكَهَا فَرَمَى بِهَا فِي الْبَحْرِ حَتَّى وَلَجَتْ فِيهِ ثُمَّ انْصَرَفَ وَهُوَ فِي ذَلِكَ يَلْتَمِسُ مَرْكَبًا يَخْرُجُ إِلَى بَلَدِهِ فَخَرَجَ الرَّجُلُ الَّذِي كَانَ أَسْلَفَهُ يَنْظُرُ لَعَلَّ مَرْكَبًا قَدْ جَاءَ بِمَالِهِ فَإِذَا بِالْخَشَبَةِ الَّتِي فِيهَا الْمَالُ فَأَخَذَهَا لِأَهْلِهِ حَطَبًا فَلَمَّا نَشَرَهَا وَجَدَ الْمَالَ وَالصَّحِيفَةَ ثُمَّ قَدِمَ الَّذِي كَانَ أَسْلَفَهُ فَأَتَى بِالْأَلْفِ دِينَارٍ فَقَالَ وَاللَّهِ مَا زِلْتُ

---

[1] - سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في استخراج المعادن،ح(٣٣٢٨)، وفي ذيله تعليقات الألباني حيث قال: صحيح، سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب الكفالة،ح(٢٣٩٧)؛ المستدرك، الحاكم، ومعه تعليقات الذهبي في التلخيص، في تصحيح الحديث،(١٣/٢)، ح(٢١٦١).

[2] - المغني، ابن قدامة (٣٤٩/٤).

جَاهِدًا فِي طَلَبِ مَرْكَبٍ لِآتِيَكَ بِمَالِكَ فَمَا وَجَدْتُ مَرْكَبًا قَبْلَ الَّذِي أَتَيْتُ فِيهِ قَالَ هَلْ كُنْتَ بَعَثْتَ إِلَيَّ بِشَيْءٍ قَالَ أُخْبِرُكَ أَنِّي لَمْ أَجِدْ مَرْكَبًا قَبْلَ الَّذِي جِئْتُ فِيهِ قَالَ فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ أَدَّى عَنْكَ الَّذِي بَعَثْتَ فِي الْخَشَبَةِ فَانْصَرِفْ بِالْأَلْفِ الدِّينَارِ رَاشِدًا"[١].

وجه الدلالة من الحديث:

أن الرسول-ﷺ- قد ذكر الحديث على وجه التقرير، فلو لم تكن الكفالة مشروعية لما أورد الحديث على وجه التقرير، وهذا من الاستدلال من السنة بالتقرير[٢].

فهذه الأحاديث كلها؛ سواء ما ورد منها بالقول أو الفعل أو التقرير، تدل على مشروعية الكفالة، كما أن صاحب الفتح قد ذكر أقوالاً وأفعالاً عن السلف تبين جواز الكفالة ومشروعيتها، حيث قال:" بَاب الْكَفَالَةِ فِي الْقَرْضِ وَالدُّيُونِ بِالْأَبْدَانِ وَغَيْرِهَا وَقَالَ أَبُو الزِّنَادِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَمْزَةَ بْنِ عَمْرٍو الْأَسْلَمِيِّ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَعَثَهُ مُصَدِّقًا فَوَقَعَ رَجُلٌ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأَتِهِ فَأَخَذَ حَمْزَةُ مِنْ الرَّجُلِ كَفِيلًا حَتَّى قَدِمَ عَلَى عُمَرَ وَكَانَ عُمَرُ قَدْ جَلَدَهُ مِائَةَ جَلْدَةٍ فَصَدَّقَهُمْ وَعَذَرَهُ بِالْجَهَالَةِ وَقَالَ جَرِيرٌ وَالْأَشْعَثُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ فِي الْمُرْتَدِّينَ اسْتَتِبْهُمْ وَكَفِّلْهُمْ فَتَابُوا وَكَفَلَهُمْ عَشَائِرُهُمْ وَقَالَ حَمَّادٌ إِذَا تَكَفَّلَ بِنَفْسٍ فَمَاتَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَقَالَ الْحَكَمُ يَضْمَنُ"[٣].

المبحث الثالث: مشروعية الكفالة من الإجماع.

أجمع أهل العلم وكل من يُعتد بإجماعه منذ الزمن الأول وحتى العصر الحاضر، على مشروعية الكفالة، وقد نقل الإجماع كثير من الفقهاء، ومن أقوالهم في ذلك:

---

١ – صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها،(٢٢٩١)؛ صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب زرع الخشب في جدار الجار،ح(٣٠١٩).

٢ – نظرية الضمان، الموسى(١٧٠/١).

٣ – فتح الباري، ابن حجر(٤٦٩/٤)؛ وانظر صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب زرع الخشب في جدار الجار،ح(٣٠١٩).

قال ابن عابدين:" ودليلها الإجماع وسنده، قوله-ﷺ-" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ "[1][2].

قال النفراوي:" والدليل على مشروعيته الكتاب والسنة وإجماع الأمة، ... وأما الإجماع فقد حكاه شيوخ عدة"[3].

وأما علماء الشافعية فقد ذكروا الإجماع في كتبهم في مواطن عدة، حيث قالوا:" والأصل في ذلك قبل الإجماع أخبار"[4].

ونقل ابن قدامة الاجماع في قوله:" وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع"[5].

المبحث الرابع: مشروعية الكفالة من المعقول.

وأما المعقول؛ فإن الشريعة الإسلامية الغراء قد تكفلت بحفظ الضرورات والحاجات والتحسينات، فكل ما أدى إلى حفظ واحد منها فهو من مقاصد الشريعة المطهرة، ولما كان الناس محتاجين إلى التعامل بالضمان والكفالة أقر الإسلام مشروعيتها؛ لأن في منعها حرجاً ومشقة على الناس، والإسلام دين اليسر والسماحة قال الله-ﷻ-:" ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾"[6].

---

[1] - سبق تخريجه، ص(٨٢).

[2] - رد المحتار، ابن عابدين(٢٨٥/٥).

[3] - الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم النفراوي،(٢٤٠/٢).

[4] - نهاية المحتاج،الرملي (٤٣٢/٤)؛ أسنى المطالب، زكريا الأنصاري(٢٣٥/٢)؛ حاشية الجمل، العجيلي، (٣٧٨/٣).

[5] - المغني، ابن قدامة (٣٤٤/٤).

[6] - سورة الحج، آية(٧٨).

وكذلك فإن الكفالة صورة من صور التعاون على البر والتقوى اللذين أمر الله سبحانه بهما حيث قال الله-ﷻ-:"﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ ﴾ "[1].وهو في الوقت ذاته مما حثنا عليه الحبيب المصطفى-ﷺ-حيث قال: " الْمُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِ كَالْبُنْيَانِ يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ" [2].والضمان (الكفالة) يحصل به التعاون على الخير والمحبة والألفة مما يعود على المجتمع والأفراد بفوائد كثيرة منها[3]:

١- أن الضمان يطمئن صاحب المال على ماله؛ لأن الكفيل يكون مستطيعاً لدفع ما التزم به لصاحب الحق في الغالب.

٢- بالضمان تنتشر المحبة بين أفراد المجتمع، إذ يشعر الفقير بتعاون الآخرين معه في تحمل التبعات والمسؤوليات، ويستطيع الحصول على ما لا يستطيع الحصول عليه بدون الضمان من مقومات الحياة، ولهذا كانت الكفالة من الأعمال المستحبة لما لها من مردود طيب على المجتمع أفراداً وجماعاتٍ.

---

١ - سورة المائدة، آية(٢).

٢ - صحيح البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب نصر المظلوم، ح(٢٢٦٦).

٣ - رد المحتار، ابن عابدين، (٢٨٥/٥)؛ البحر الرائق، ابن نجيم، (٢٢٤/٦)؛ درر الحكام، علي حيدر، (٧١٨/١-٧٢١)؛ الموسوعة الفقهية، (٢٨٩/٣٤)؛ نظرية الضمان، الموسى، (١٧٢/١-١٧٣)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري (ص١٨٧).

* الفصل الثالث:أركان الكفالة وشروطها ويحتوي على خمسة مباحث:

المبحث الأول: الصيغة.

المبحث الثاني: الكفيل.

المبحث الثالث: المكفول له.

المبحث الرابع: المكفول عنه.

المبحث الخامس: المكفول به.

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الكفالة على رأيين:

أولاً: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، إلـــى أن أركان الكفالة هي؛ الصيغة(الإيجاب والقبول)، والكفيـــل(الــضامن)، والمكفـــول له(المضمون له)، والمكفول عنه(المضمون عنه)، والمكفول به(المضمون أو مـــا يسمى بمحل العقد).

ثانياً: ذهب الحنفية إلى أن للكفالة ركناً واحداً هو الصيغة (الإيجاب والقبول)، إذ به يتحقق عقد الكفالة، دون الحاجة إلى ما عدا هذا الركن من شـــروط ليـــست داخلة في تكوين العقد، ولا يتحقق بها العقد[4].

من خلال ما تقدم يتبين أنَّ هناك اتفاقاً بين الجمهور والحنفيـــة علـــى ركـــن الصيغة، واختلافاً في الوقت ذاته على باقي الأركان؛ ففي حـــين يعتبـــر الحنفيـــة الصيغة الركن الأوحد، نجد الجمهور يذكرون أركاناً أخرى لعقد الكفالة، ويرجـــع السبب في ذلك إلى تحديد معنى الركن عند كل من الجمهور والحنفية، وإن كـــان كذلك فلا بد من بيان معنى الرُّكن في اللغة وعند كل من الجمهور والحنفية؟.

الرُّكن في اللغة: رَكَنَ يَرْكَنُ رَكْناً، وَرُكْنُ الشيء: جانبـــه الأقـــوى، والـــرُّكْنُ الناحية القوية[5].

وأما الرُّكن في الاصطلاح فقد عرَّفه الحنفية والجمهور على النحو الآتي:

أولاً: عرّف الحنفية رُكن الشيء بأنه ما لا وجود لذلك الشيء إلا بـــه وانـــه يطلق على جزء من الماهية، فهو يشمل كل ما كان داخلا في ماهية الـــشيء دون ما كان خارجاً عنها[6].

١- التاج والإكليل، العبدري (٣١/٧)؛ شرح مختصر خليل، الخرشـــي (٢٢/٦)؛ بلغـــة الـــسالك، الـــصاوي (٤٣١/٣).

٢- مغني المحتاج، الشربيني(١٩٨/٣)؛ تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المعروف بحاشية البجيرمي علـــى الخطيب(١١٤/٣)، دار الفكر؛ الغرر البهية، الأنصاري (١٥٠/٣).

٣- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الرحيباني(٢٩٥/٣).

٤- بدائع الصنائع، الكاساني(٢/٦)، حاشية ابن عابدين(١٣٥/٤).

٥- لسان العرب، ابن منظور (٣٠٥/٥).

٦ – كشف الأسرار، البزدوي(٧٦/٣).

ثانياً: عرّف جمهور الفقهاء الركن بأنه ما يدخل في الشيء، أو ما ينعدم الشيء بانعدامه، سواء أكان جزءا من الماهية أو خارجاً عنها[1].

فمحور الخلاف متمركز حول معنى الركن، ولا مُشاحة في الاصطلاح، وسأسلك منهج الجمهور في بحثي هذا؛ ذلك أن باقي الأركان عدا الصيغة وإن لم تكن داخلة في ماهية العقد، إلا أنه يبقى متوقفاً عليها، وما دام العقد متوقفاً عليها فالأخذ بها على أنها أركان أولى، وفيما يلي بيان هذه الأركان ضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: الصِّيغة(الإيجاب والقَبول).

لكل عقد من العقود ألفاظ تدل على إرادة العاقدين في إجراء العقد، وهو ما يسمى بالصيغة، وهي تتكون من إيجاب من طرف وقَبول من طرف آخر، فما المقصود بالإيجاب والقبول؟ وما هي الألفاظ المستعملة للدلالة على قصد إجراء عقد الكفالة؟ وهل يُقتصر على الإيجاب من الطرف الأول دون الحاجة إلى قَبول الطرف الثاني؟ وهل يجري العقد دون لفظ؛ كالإشارة من الأخرس؟.

الإيجاب والقبول.

أولاً: الإيجاب.

الإيجاب لغة: يُقال وجب الشيء يجب وجوباً إذا ثبت ولزم، وقد أوجب لك البيع وأوجبه هُوَ إيجاباً[2].

الإيجاب في الاصطلاح؛ اختلفت نظرة كل من الحنفية والجمهور في تعريف الإيجاب على النحو الآتي:

أولاً: عرَّف الحنفية الإيجاب بأنه ما يذكر أولاً من كلام المتعاقدين الدال على الرضا[3].

---

[1] – التلويح على التوضيح، التفتازاني(٢٦٢/٢)؛ نهاية المحتاج، الرملي(٣٢٢/٣)؛ شرح الكوكب المنير، الفتوحي(١٣٧/١).

[2] – لسان العرب، ابن منظور(٢١٥/١٥).

[3] – البحر الرائق، ابن نجيم(٢٨٣/٥).

ثانياً: عرّف الجمهور الإيجاب بأنه اللفظ الذي يصدر من المالك للشيء؛ كالبائع والمؤجِر، وولي الزوجة[١].

ثانياً: القَبُول.

القَبول لغةً: يقال قَبِلْتُ الشيءَ قَبوْلاً إذا رَضيته، وتقبَّلت الشيء وقبلته قَبــولاً، وهو مصدر شاذ[٢].

القَبول في الاصطلاح: وكذا الحال في تعريف القبول تختلف نظرة الحنفية في تعريفه عن نظرة الجمهور على النحو الآتي:

أولاً: عرَّف الحنفية القبول بأنه اللفظ الذي يذكره الطرف الثاني في العقد دالاً على رضاه بما أوجبه الطرف الأول[٣].

ثانياً: عرَّف الجمهور القبول بأنه اللفظ الصادر ممن يريد التملُّك، أو الانتفاع، أو الالتزام؛ كالمضارب مثلاً[٤].

تَقَدُّمُ القبول على الإيجاب.

اختلف الفقهاء في جواز تَقَدُّمِ القبول على الإيجاب على ثلاثة آراء:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن الإيجاب هو اللفظ الصادر أولاً، والقبول هو اللفظ الصادر ثانياً، فلا يُتَصور تقدم قبول على إيجاب عندهم؛ لأن اللفظ الــصادر أولاً سواءً كان من المالك، أو ممن يريد التمليك؛ هو إيجاب عندهم[٥].

القول الثاني: ذهب المالكية[٦]، والشافعية[٧]، إلى جــواز تقــدم القبــول علــى الإيجاب في البيع والنكاح وغيرها.

---

١ – مواهب الجليل، الحطاب(٤/٢٢٩)؛ الغرر البهية، الأنصاري(٢/٣٨٨)؛ المغني، ابن قدامه(٤/٣-٤).

٢ – لسان العرب، ابن منظور(١١/٢١).

٣ – البحر الرائق، ابن نجيم(٥/٢٨٣).

٤ – مواهب الجليل، الحطاب(٤/٢٢٩)؛ الغرر البهية، الأنصاري(٢/٣٨٨)؛ المغني، ابن قدامه(٤/٣-٤).

٥ – البحر الرائق، ابن نجيم(٥/٢٨٣).

٦ – مواهب الجليل، الحطاب(٤/٢٢٨)؛ بلغة السالك، الصاوي(٢/٣٥٠).

٧ – تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي،(٤/٢٢٠)،(٧/٢٦٦).

القول الثالث: ذهب الحنابلة[١] إلى جواز تقدم القبول على الإيجاب في البيع فقط دون النكاح، بل إن بعضهم خص ذلك بصيغة الطلب والماضي؛ لما بين العقدين من فوارق، ولعدم تحقق المعنى من القبول بتقدمه على الإيجاب في عقد النكاح.

الألفاظ التي تنعقد بها الكفالة.

إذا كان عقد الكفالة لا ينعقد إلا بصيغة؛ فما الألفاظ -الصِّيغ- التي تنعقد بها الكفالة؟.

تنعقد الكفالة بألفاظ صريحة دالة على المراد دون احتمال لأي معنى آخر، وبألفاظ كناية[٢] محتملة تنعقد معها الكفالة بالنية.

أولاً: الألفاظ الصريحة في الكفالة: أن يقول الكفيل: تكفلت أو ضمنت أو أنا ضامن ما عليه، أو أنا زعيم، أو قبيل، أو حميل، أو هو إليَّ أو عليَّ، أو لك عندي، أو لك قِبَلي، أو عليَّ أن أوافيك به، أو عليَّ أن ألقاك به، أو دعه لي[٣].

ثانياً: ألفاظ الكناية في الكفالة: كأن يقول الكفيل خل عن فلان، والدَّين الذي عليه عندي، أو دين فلان إليَّ؛ فإن نوى المال أو النفس(البدن) لزم وإلا لغا. وإذا قال لفلان عندي كذا، فهو يحتمل كونه وديعة، ويحتمل كونه في الذمة؛ لأن كلمة "عند" تفيد القرب والحضرة، وهو موجود في المعنيين السابقين، فإذا أطلق اللفظ يحمل على كونه وديعة في يده، وعند قرينة الدَّين يُحمل على ما في الذمة، أي في ذمتي؛ لأن الدَّين لا يحتمله إلا الذمة[٤].

١- الإنصاف، المرداوي (٢٦١/٤)،(٤٨/٨)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية(٣٠٥/٣٢).

٢- لغةً من كني، كني عن الأمر بغيره يكني كناية، أن تتكلم بالشيء وتريد غيره. لسان العرب، ابن منظور (١٧٤/١٢-١٧٥).

الكناية اصطلاحاً: اللفظ الذي يحتاج إلى النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال ليزول ما فيها من استتار المراد، والتردد فيه. أصول البزدوي (١٠/١)؛ شرح التلويح على التوضيح، التفتازاني(٢٣٥/١).

٣- بدائع الصنائع، الكاساني(٢/٦-٣)؛ رد المحتار، ابن عابدين(٢٨٦/٥-٢٨٧)؛ درر الحكام، علي حيدر(٧٤١/١)؛ المغني، ابن قدامه(٣٥٧/٤)؛ الموسوعة الفقهية(٣٢٨/٣١).

٤- البحر الرائق، ابن نجيم(٢٢٧/٦)؛ المغني، ابن قدامه(٣٥٧/٤)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي(١٣٥/٥).

أما الكفالة بالنفس فتنعقد بألفاظ منها قول الكفيل: تكفلت بنفس فلان، أو برقبته، أو بروحه، أو بجسده، أو برأسه، أو ببدنه، وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه، أو بجزء منه، فيكون كفيلاً بكله؛ لأنه مما لا يتجزأ، بخلاف ما إذا قال: بيد فلان، أو برجله. وكذا تنعقد إذا قال ضمنته، أو قال: عليَّ، أو أنا زَعيمٌ به، أو قَبيلٌ، بخلاف قوله أنا ضامن[1].

اختلف الفقهاء في المعتبر في الكفالة من الصيغة ركناً، أهو الإيجاب وحده؟ أم لا بد من اجتماع كلٍ من الإيجاب والقبول؟ على قولين:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن[2]، وأبو يوسف[3]، في قول له[4]، والظاهرية[5] إلى أن الكفالة لا تتم إلا بالإيجاب والقبول.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[6]، والشافعية في الصحيح عندهم[7]، والحنابلة[8]، وأبي يوسف في قوله الأخير[9]، إلى أن الكفالة تتحقق بالإيجاب فقط.

---

١ – البحر الرائق، ابن نجيم(٦/٢٢٧)؛ درر الحكام، محمد بن فرموزا(منلا خسرو)،(٢/٢٩٥)، الموسوعة الفقهية،(٣١/٣٢٨)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي(٥/١٣٥-١٣٦).

٢ – محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، أصله من قرى دمشق، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ومن ثم أخذ عن أبي يوسف، ولي قضاء الرَّقة للرشيد، وكذلك قضاء الرَّي، وبها مات سنة،١٨٩هـ، من تصانيفه كتاب الأصل، والجامع الكبير والصغير، وغيرها. تاج التراجم، ابن قطلوبغا(ص(١٨٧)، معجم المؤلفين، رضا كحالة(٩/٢٠٧).

٣ – يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خُنيس بن سعد بن حَبْتَة، أبو يوسف القاضي، أخذ عن أبي حنيفة، وولي القضاء لثلاثة خلفاء المهدي والهادي والرشيد، مات ببغداد سنة١٨٢هـ، وله فضل كبير في اشتهار مذهب أبي حنيفة. تاج التراجم، ابن قطلوبغا(ص(٢٨٢).

٤ – بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٢).

٥ – المحلى، ابن حزم(٦/٣٩٦).

٦ – شرح مختصر خليل، الخرشي(٦/٢٥).

٧ – تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٥/٢٤٥).

٨ – كشاف القناع، البهوتي(٣/٣٦٦-٣٦٧).

٩ – فتح القدير، ابن الهمام(٧/١٦٣).

أدلة الفريقين:

أولاً: استدل الحنفية على وجوب توفر كلٍ من الإيجاب والقبول لصحة عقد الكفالة؛ بأنَّ الكفالة ليست التزاماً محضاً بل فيها معنى التمليك، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع مثلاً[1].

أمّا الظاهرية فهم يرون أن الدَّين ينتقل بموجب الكفالة إلى الكفيل، والدَّين حق للدائن، وعلى ذلك فلا بد من رضاه بانتقاله إلى غير المدين الأصلي وموافقته على ذلك، قال ابن حزم[2]:" فمن كان له على آخر حق مال من بيع ، أو من غير بيع من أي وجه كان -حالا أو إلى أجل- سواء كان الذي عليه الحق حيا أو ميتا فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق، فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال"[3].

ثانياً: استدل الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف على جواز انعقاد الكفالة بالإيجاب فقط بالأدلة الآتية[4]:

١- حديث سلمة بن الأكوع-ﷺ- قَالَ:" كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ -ﷺ- إِذْ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ فَقَالُوا صَلِّ عَلَيْهَا فَقَالَ هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا لَا قَالَ فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا لَا فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلِّ عَلَيْهَا قَالَ هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قِيلَ نَعَمْ قَالَ فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ فَصَلَّى

---

١ - بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٢).

٢ - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن يزيد الفارسي الأندلسي، القرطبي، فقيه أصولي، محدث، متكلم، عالم مشارك في التاريخ، والأنساب، والنحو وغيرها، من تصانيفه المحلى بالآثار في شرح المحلى بالاختصار في الكتاب والسنة، وغيرها توفي بالأندلس، سنة٤٥٦هـ. معجم المؤلفين، رضا كحالة(١٦/٧)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين بن أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان،(٣٢٥/٣)، دار صادر- بيروت، ط١٩٠٠م.

٣ - المحلى، ابن حزم(٣٩٦/٦).

٤ - فتح القدير، ابن الهمام(١٦٣/٧)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي (٢٥/٦)؛ تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٤٥/٥)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٦/٣-٣٦٧).

عَلَيْهَا ثُمَّ أُتِيَ بِالثَّالِثَةِ فَقَالُوا صَلِّ عَلَيْهَا قَالَ هَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا لَا قَالَ فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ قَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ فَصَلَّى عَلَيْهِ"[1].

وجه الدلالة: أن رسول الله-ﷺ- قبل الكفالة عن الميت الذي لم يترك وفاءً لدينه، حيث أجاز -ﷺ- كفالة أبي قتادة من غير اشتراط لرضا المكفول له، فما أن قال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله، حتى صلى عليه[2].

٢- أنَّ الكفالة ضمٌ لغةً، والتزام بما على الأصيل شرعاً، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل، فأشبه النذر. والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته اضمنوا عني ما علي من الدين لغرمائي وهم غُيَّبٌ فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم، وأي فرَّق بين المريض والصحيح.

٣- أنَّ الضمان محض التزام لا معاوضة فيه، بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارته وحده[3].

الترجيح:

من خلال النظر في أدلة كلٍّ الطرفين يتبين أن الراجح -والله أعلم- هو مذهب جمهور الفقهاء؛ بأن الكفالة تنعقد بإيجاب من الكفيل دون حاجة إلى إذن من المكفول له؛ للنقاط الآتية:

١- قوة أدلة الجمهور من جهة، والتي تبين جواز الكفالة دون حاجة إلى رضا قبول المكفول له.

٢- ولأن الكفالة تبرع يختلف عن التمليك؛ ولأن الكفالة التزام يتم بإيجاب من الكفيل، فأشبه النذر.

---

[1] - سبق تخريجه ص(٧٩).

[2] - فتح القدير، ابن الهمام(٢٠٤/٧).

[3] - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٤٥/٥).

رضا المكفول عنه.

أما رضا المكفول عنه في عقد الكفالة، فلا يُشترط باتفاق أهل العلم، ذلك أن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز، فالتزامه أولى؛ ولجواز الضمان عن الميت وإن لم يترك وفاءً لدينه[1].

هل تصح الكفالة بإشارة الأخرس وكتابته؟.

ومن الأمور التي ينبغي ذكرها أن صيغة عقد الكفالة تتم بإشارة الأخرس المُفهِمة لإرادته الكفالة باتفاق الفقهاء[2]، وكذلك تتم الكفالة بكتابة الأخرس على تفصيل عند أهل المذاهب على النحو الآتي:

القول الأول: جواز الكفالة بكتابة الأخرس مطلقاً عند الحنفية[3]، والمالكية[4]، فالكتابة عندهم من الأخرس كالإشارة، كوسيلة منحها الله له للتعبير عن إرادته؛ ولأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه بإشارته فصح ضمانه؛ ولقيام الكتابة مقام اللفظ.

القول الثاني: جواز الكفالة بكتابة الأخرس إذا اقترنت بقرينة دالة على إرادته الكفالة عند كل من الشافعية[5]، والحنابلة[6]؛ ذلك أنه قد يكتب عبثاً أو تجربةً، فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال، فكما لا تعتبر إشارته غير المفهمة- المحتملة- فكذلك لا تعتبر الكتابة منه لاحتمالها إلا إذا اقترنت بها قرينة تدل على إرادة الكفالة.

---

[1] - المبسوط، السرخسي(١٤٧/١٨)؛ تبيين الحقائق، الزيلعي(١٧١/٤)؛ الفروق،الكرابيسي (٢٤٥١/٢)، شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٥/٦)؛ مغني المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٠١/٣)؛ الإنصاف، المرداوي(٢١٤/٥).

[2] - مجمع الضمانات، غانم بن محمد البغدادي(ص(٤٥٥)، دار الكتاب الإسلامي؛ بلغة السالك، الصاوي،(٤٢٩/٣-٤٣٠)؛ فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، المعروف بحاشية الجمل، سليمان بن منصور العجلي،(٣٨٦/٣-٣٨٧)، دار الفكر؛ المغني، ابن قدامة (٣٤٨/٤).

[3] - مجمع الضمانات، غانم البغدادي (ص(٤٥٥).

[4] - بلغة السالك، الصاوي(٤٢٩/٣-٤٣٠).

[5] - حاشية الجمل، العجلي (٣٨٦/٣-٣٨٧).

[6] - المغني، ابن قدامه (٣٤٨/٤).

الترجيح.

يتبن من خلال ما سبق أن القول الثاني والمقتضي جواز الكفالة بكتابة الأخرس المقترنة بقرينة أولى بالصواب وذلك لأمرين:

١- قوة أدلة القول الثاني من جهة.

٢- أن كتابة الأخرس يرد عليها الاحتمال، فلا يدرى إرادته بذلك هل يريد الكفالة أم لا، فكما لا تعتبر إشارته غير المفهمة، فكذلك لا تعتبر كتابته المحتملة دون ورود قرينة نافية لهذا الاحتمال.

هل يجوز الخيار في صيغة عقد الكفالة؟

لعقد الكفالة صيغ مختلفة ذكرها الفقهاء وبينوا حكمها؛ كتعليق الصيغة على شرط، وكالصيغة المضافة إلى المستقبل، وغيرها، وقد جعلت لعدد من هذه الصيغ مباحث مستقلة سيتم- بإذن الله- بيانها في الفصل الثالث من الباب الثاني من هذه الرسالة، ومن الأمور التي قد تطرأ على صيغة عقد الكفالة؛ الخيار. فهل يجوز الخيار في صيغة الكفالة؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤)، إلى عدم جواز اشتراط الكفيل الخيار لنفسه.

القول الثاني: ذهب بعض المحققين في المذهب الشافعي كالنووي(٥)، إلى جواز اشتراط الخيار للمضمون له في عقد الكفالة، ووافقه بعض الحنفية(٦)، والمالكية(٧).

---

١ – تبيين الحقائق، الزيلعي (١٦١/٤).

٢ – المدونة، مالك (١٠٧/٣).

٣ – أسنى المطالب، الأنصاري (٢٤٦/٢).

٤ – المغني، ابن قدامه (٣٥٦/٤).

٥ – روضة الطالبين، النووي(٥٥٠/٣).

٦ – العناية، البابرتي(٢٢٦).

٧ – المدونة، مالك(١٠٧/٣).

أدلة الفريقين:

أولاً: أدلة الجمهور[1]:

١- أنَّ الخيار جعل ليُعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لا حظ لهما.

٢- أنَّ عقد الكفالة لا يفتقر إلى القبول، فلم يدخله خيار، كالنذر.

٣- أنَّ مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به، والخيار ينافي ذلك.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

بين النووي ومن وافقه أن المضمون له لو اشترط الخيار لم يضر؛ لأن الخيار في المطالبة والإبراء له أبداً[2].

الترجيح.

يتبين من سرد أدلة الفريقين أن الخلاف لفظي بين الفريقين فكأنَّ الجميع متفق على عدم جواز الخيار للكفيل، والنووي فصل فبين جواز الخيار للمكفول له، دون الكفيل، والفقهاء متفقون على جواز ضمان الدَّرك- كما سيأتي بيانه- وهو مشتمل على الخيار، لكنه خيار لمصلحة المكفول له لا للكفيل.

المبحث الثاني: الكفيل(الضامن).

ويندرج تحته أربعة مطالب:

المطلب الأول: شروط يجب توفرها فيمن أراد مباشرة عقد الكفالة.

المطلب الثاني: كفالة المرأة.

المطلب الثالث: كفالة المريض.

المطلب الرابع: كفالة المحجور عليه لِفَلَس.

---

١ - تبيين الحقائق، الزيلعي(١٦١/٤)؛ المدونة، مالك (١٠٧/٣)؛ أسنى المطالب، الأنصاري (٢٤٦/٢)؛ المغني، ابن قدامه(٣٥٦/٤).

٢ - العناية، البابرتي(٢٢٦)؛ المدونة، مالك (١٠٧/٣)؛ روضة الطالبين، النووي(٧٩/٢).

المطلب الأول: شروط يجب توفرها فيمن أراد مباشرة عقد الكفالة.

أولاً: البلوغ: يشترط الفقهاء فيمن يريد إجراء عقد الكفالة أن يكون بالغاً؛ أي تتوفر فيه علامات البلوغ؛ كالاحتلام، وإنزال المني للذكر والأنثى، وكالحيض والنفاس للأنثى، وكالإنبات للشعر، وغيرها من علامات البلوغ التي يذكرها الفقهاء، وقد اختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ لكل من الذكر والأنثى، ولا مجال هنا لذكره، والشيء المهم هو اشتراط البلوغ الذي يعد مظنة كمال العقل، وإن كانت القوانين قد ارتأت أن تحدد سناً معينة للبلوغ لكلا الجنسين مراعاة لمصالحهم[1].

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء[2]. فالكفالة تبرع، فلا بد ممن يتبرع أن يكون بالغاً لإمضاء تبرعه، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون؛ لأنها عقد تبرع. فلا تنعقد ممن ليس أهلاً للتبرع إلا أن الأب أو الوصي لو استدان دينا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز. ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز؛ لأن ضمان الدَّين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيدا فلم يكن متبرعا، فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز[3]. ولأن عقد الكفالة إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبي والمجنون، كالنذر"[4].

ثانياً: الرُّشد: وهو لغةً: نقيض الغيِّ[5].

---

[1] – شرح قانون الأحوال الشخصية، د. مصطفى السباعي،(١/١١٩–١٢٠)، المكتب الإسلامي، دار المعرفة للنشر والتوزيع، ط(٨)، ١٤٢١هـ،٢٠٠٠م.

[2] – بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٥)؛ حاشية الدسوقي(٣/٣٣٠)؛ الغرر البهية، الأنصاري(٣/١٥٠)؛ المغني، ابن قدامه(٤/٣٤٨).

[3] – بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٥)؛ حاشية الدسوقي(٣/٣٣٠)؛ الغرر البهية، الأنصاري(٣/١٥٠).

[4] – بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٥)؛ حاشية الدسوقي(٣/٣٣٠)؛ الأم، الشافعي(٦/٣٠)؛ الإنصاف، المرداوي(٥/١٩٢)؛ المغني، ابن قدامه(٤/٣٤٨).

[5] – لسان العرب، ابن منظور(٥/٢١٩).

الرُّشد في الاصطلاح: وهو حفظ المال مع حسن النظر فيه[1]، وهذا عند جمهور الفقهاء بخلاف الشافعية؛ فقد عرفوا الرشد بأنه صلاح الدِّين والمال[2]، وهو-أي الرشد- ضد السَّفه. والسَّفه: لغةً: نقيض الحلم، وأصله الخفة والحركة، وقيل الجهل، وهو قريب بعضه من بعض[3]. وفي الاصطلاح: خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل[4].

اختلف الفقهاء في كفالة السَّفيه على رأيين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من صاحبي أبي حنيفة-محمد، وأبي يوسف-[5]، والأئمة الثلاثة من المالكية[6]، والشافعية[7]، والحنابلة[8]، إلى القول بعدم جواز الكفالة من السَّفيه؛ لأن الكفالة تبرع فلا تصح إلا من أهل التبرع، والسفيه ليس أهلاً؛ لأنه لا يحسن التصرف في ماله بما يعود عليه بالنفع، فلا بد من رشد من أراد أن يباشر عقد الكفالة، حتى يصح ضمانه وكفالته.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة إلى جواز كفالة السفيه إذا بلغ سن الخامسة والعشرين، وأن الحجر عليه إنما يكون قبل هذا السِّن[9]؛ لأنه يرى أن في الحجر على الإنسان كبتاً له، ومنعه من التصرف في أمواله إذا بلغ سن الخامسة

---

[1] - الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، المعروف بشرح ميارة، محمد بن أحمد الفاسي(ميارة)(٢٠٢/٢)، دار المعرفة؛ مجمع الأنهر، شيخي زاده (٤٤١/٢)؛ كشاف القناع، البهوتي(٤٥٢/٣)؛ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء (٨١٩/٢)، دار القلم، دمشق.

[2] - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي (١٦٧/٥).

[3] - لسان العرب، ابن منظور (٢٨٧/٦).

[4] - شرح التلويح على التوضيح، التفتازاني (٣٨١/٢).

[5] - العناية شرح الهداية، البابرتي (٢٦٠/٣).

[6] - بلغة السالك، الصاوي (٤٢٩/٣).

[7] - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي (٢٤١/٥).

[8] - الإنصاف، المرداوي(١٩٢/٥).

[9]- مجمع الأنهر، شيخي زاده(٤٣٩/٢)؛ العناية شرح الهداية، البابرتي(٢٦٠/٣).

والعشرين لا يحقق أي جدوى؛ لأن الحجر قبل هذا السن للتأديب، وبعد بلوغ الشخص هذا السن لا يجدي فيه التأديب؛ لأنه ربما صار جَدًّا[١].

الترجيح:

ولا يخفى قوة قول الجمهور والصاحبين القائلين بمنع السَّفيه من الكفالة وسائر التصرفات الضارة والحجر عليه؛ لتوفر العلة من منعه من التصرف أو التبرع بكفالة الآخرين؛ وهي سوء التصرف في ماله بما يعود بالضرر على السفيه أو حقوق الغرماء إن كان عليه دينٌ، فمتى وجدت عِلَّة المنع من التصرف- وهي عدم الرشد- حُجِرَ عليه تصرفه حتى يتبين رشده وصلاح أمره وحسن تصرفه في أمواله؛ سواءً أكان دون سن الخامسة والعشرين أو أكثر من ذلك، فمتى تحققت علة المنع مُنع دون النظر إلى سنه.

رابعاً: الحرية.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، إلى عدم جواز كفالة العبد إلا في حال إذن سيده؛ لأن الكفالة تبرع فلا تصح إلا ممن يملك التبرع، والعبد لا يملك نفسه، فكيف يملك التبرع دون إذن سيده وموافقته[٦].

١- فتح القدير، ابن الهمام (٧/٢٠٤-٢٠٥)؛ رد المحتار، ابن عابدين (٥/٣٠١)؛ الجوهرة النيرة، العبادي (١/٢٤٥-٢٤٦).

٢ - فتح القدير، ابن الهمام(٧/٢٣٥).

٣- التاج والإكليل، العبدري(٧/٣١).

٤- الأم، الشافعي(٨/٢٠٧).

٥- المغني، ابن قدامة(٤/٣٤٩).

٦ - فتح القدير، ابن الهمام(٧/٢٣٥)؛ نظرية الضمان الشخصي، الموسى(١/٢٩١).

القول الثاني: ذهب الظاهرية إلى القول بجواز كفالة العبد مطلقاً[١]؛ فالعبد والحر، والرجل والمرأة، سواء عندهم، مستدلين بعموم النصوص، فلم يأت نص يُفرق بين ما ذكر.

الترجيح:

والذي يظهر- والله تعالى أعلم- هو القول بعدم صحة كفالة العبد إلا بشرط إذن سيده؛ لأن العبد ملك لسيده فلا يملك التصرف في نفسه، فمن باب أولى تصرفاته، فلا تصح كفالته إلا بإذن سيده.

خامساً: الرضا والاختيار؛ وهو أن يكون الكفيل راضياً مختاراً لعقد الكفالة غير مكره عليه؛ لأن الضمان تبرع بالتزام الحق فاعتبر له الرضا كالتبرع بالأعيان[٢]. وهذا شرط ذكره بعض الفقهاء تصريحاً وجعله البعض كالأمور البدهية لإجراء أي عقد ونفاذه، ومن ذلك عقد الكفالة.

سادساً: معرفة الكفيل لعين المكفول له.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين على النحو الآتي:

القول الأول: ذهب الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، إلى اشتراط معرفة الضامن للمضمون له؛ معللين ذلك بتفاوت الناس وطبائعهم غلظة ولينا، فلا يكفي مجرد نسبه، وإنما كفت معرفة عينه؛ لأن الظاهر عنوان الباطن، وتقوم معرفة وكيله مقام معرفته[٥].

القول الثاني: ذهب المالكية[٦]، والحنابلة[٧]، إلى عدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون له، وكذلك المضمون عنه. مستدلين بما يلي[٨]:

---

١ - المحلى، ابن حزم(٦/٤٠٤).

٢ - الغرر البهية، زكريا الأنصاري(٣/١٥٠)؛ دقائق أولي النهى، البهوتي(٢/١٢٥).

٣ - البحر الرائق، ابن نجيم(٦/٢٣٨).

٤ - نهاية المحتاج، الرملي(٤/٤٣٧).

٥ - المصدر السابق نفسه.

٦ - شرح مختصر خليل، الخرشي(٦/٢٥).

٧ - الإنصاف، المرداوي(٥/١٩٥).

٨ - شرح مختصر خليل، الخرشي(٦/٢٥)؛ الإنصاف، المرداوي(٥/١٩٥).

١- لا يُعتَبر رضا كلٍّ من المضمون له، والمضمون عنه، فكــذلك لا تعتبــر معرفتهما.

٢- أنَّ الوارد في الأحاديث التي سبقت في مجال الاستدلال على جواز الكفالة تبين أن الكفالة تمَّت دون معرفة للمضمون له أو عنه؛ كحديث أبي قتــادة وغيره.

الترجيح:

يتضح مما سبق ترجيح القول بعدم اشتراط معرفة المكفول له، لقــوة أدلة القول القائل بعدم اشتراط معرفة المكفول له؛ فإن هذا القول ينسجم مع روح النصوص والأدلة الشرعية التي سبقت في باب مشروعية الكفالة.

المطلب الثاني: كفالة المرأة.

اختلف الفقهاء في صحة كفالة المرأة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤]، إلى القول بصحة كفالة المرأة مطلقاً، وأن المرأة والرجل سواء في حق إجراء عقد الكفالة.

القول الثاني: فصَّل المالكية القول في ضمان المرأة على النحو التالي[٥]:

أولاً: وافق المالكية الجمهور في حالتين هما[٦]:

---

١ - تبيين الحقائق، الزيلعي(٤/١٤٦).

٢ - مغني المحتاج، الشربيني(٣/٢٠١).

٣ - المغني، ابن قدامه(٤/٣٤٩).

٤ - المحلى، ابن حزم(٦/٤٠٤).

٥ - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(٦٤-٦٥)؛ نظرية الضمان، الموسى(١/٣٤٤-٣٤٥).

٦ - المدونة، مالك بن أنس(٤/١٢٤- ١٢٥).

١- إذا كانت المرأة أيماً ثيباً[1]-لا زوج لها- فهي قد بلغت درجة تمكنها من التصرف في شؤونها ضمن ما تراه مصلحة لها فتصح كفالتها في هذه الحالة.

٢- إذا كانت المرأة ذات زوج فيصح ضمانها في الثلث من مالها، فإن زاد على الثلث توقفت إجازة الكفالة على الوارث أو الزوج.

ثانياً: يخالف المالكية جمهور الفقهاء فيما عدا ذلك من حالات لكفالة المرأة؛ كأن تكون المرأة بكراً، فلا تصح كفالة البكر عندهم مطلقاً؛ سواءً أذن لها الأب أم لم يأذن[2].

أدلة الفريقين:

أدلة الجمهور:

استدل جمهور الفقهاء على صحة كفالة المرأة بعدة أدلة منها:

١- قول الله-ﷻ-:﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾[3].

وجه الدلالة: أن الآية لم تفرق بين ذكر وأنثى في الحجر على الصغير قبل بلوغه الرشد، فكذلك لا فرق بين الرجل والمرأة في جواز إجراء عقد الكفالة بعد بلوغهما الرشد[4].

٢- حديثُ جَابرِ بْنِ عَبْدِ اللَّه قَالَ شَهِدْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّه-ﷺ- الصَّلَاةَ يَوْمَ الْعِيدِ فَبَدَأَ بِالصَّلَاةِ قَبْلَ الْخُطْبَةِ بِغَيْرِ أَذَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ ثُمَّ قَامَ مُتَوَكِّئًا عَلَى بِلَالٍ فَأَمَرَ بِتَقْوَى اللَّهِ وَحَثَّ عَلَى طَاعَتِهِ وَوَعَظَ النَّاسَ وَذَكَّرَهُمْ ثُمَّ مَضَى حَتَّى أَتَى النِّسَاءَ فَوَعَظَهُنَّ وَذَكَّرَهُنَّ فَقَالَ:" تَصَدَّقْنَ فَإِنَّ أَكْثَرَكُنَّ حَطَبُ جَهَنَّمَ". فَقَامَتْ امْرَأَةٌ مِنْ سِطَةِ النِّسَاءِ

---

[1] - الأيِّم: من لا زوج له رجلاً كان أو امرأة، بكراً أو ثيباً. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد المنعم(٣٣٨/١).

[2] - المدونة، مالك(١٢٢/٤- ١٢٣).

[3] - سورة النساء، آية(٦).

[4] - نظرية الضمان، الموسى(٣٤٨/١).

سَفْعَاءُ[1] الْخَدَّيْنِ فَقَالَتْ: لِمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟! قَالَ:" لِأَنَّكُنَّ تُكْثِرْنَ الشَّكَاةَ وَتَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ". قَالَ: فَجَعَلْنَ يَتَصَدَّقْنَ مِنْ حُلِيِّهِنَّ يُلْقِينَ فِي ثَوْبِ بِلَالٍ مِنْ أَقْرِطَتِهِنَّ[2] وَخَوَاتِمِهِنَّ"[3].

وجه الدلالة: أن النساء أخذت بالتصدق بما تملكه من أموال وذلك دون رجوع للأزواج وأمام رسول الله-ﷺ- فلو كان ذلك غير جائز لبينه رسول الله-ﷺ- مما دل على حرية المرأة في التصرف بمالها دون إذن زوجها.فإذا جاز لها التبرع بمالها فيجوز لها أن تكفل من باب أولى[4].

أدلة المالكية:

استدل المالكية على عدم جواز كفالة المرأة بعدة أدلة منها:

١- حديث عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بنُ العاص أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ-ﷺ- قَالَ:" لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا"[5].

٢- حديث عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَحْيَى رَجُلٌ مِنْ وَلَدِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ جَدَّتَهُ خَيْرَةَ امْرَأَةَ كَعْبِ بْنِ مَالِك أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ-ﷺ- بِحُلِيٍّ لَهَا فَقَالَتْ إِنِّي تَصَدَّقْتُ بِهَذَا فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ فِي مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا فَهَلْ اسْتَأْذَنْتِ كَعْبًا قَالَتْ نَعَمْ فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- إِلَى كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ زَوْجِهَا فَقَالَ هَلْ أَذِنْتَ لِخَيْرَةَ أَنْ تَتَصَدَّقَ بِحُلِيِّهَا فَقَال نَعَمْ فَقَبِلَهُ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ-مِنْهَا"[6].

---

[1] – السَّفع، السواد والشحوب، والسُّفعة؛ سواد في خدي المرأة الشاحبة.لسان العرب، ابن منظور(٢٨١/٦).

[2] – نوع من حلي الأذن، أو هو ما وضع في شحمة الأذن. حاشية السندي على النسائي، نور الدين أبو الحسن السندي،(١٨٧/٣)، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط(٢).

[3] – صحيح مسلم، كتاب صلاة العيدين، ح(١٤٦٧).

[4] – المغني، ابن قدامة(٣٤٩/٤).

[5] – سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها،ح(٣٠٨٠)؛ صحيح الترغيب والترهيب، محمد ناصر الدين الألباني،(٢٢٨/١)(ح٩٤٠)، مكتبة المعارف، الرياض، حسن صحيح.

[6] – سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها،(ح(٢٣٨٠)، صحيح ابن ماجة، الألباني(٤٧/٢)ح(١٩٣٥).

وجه الدلالة: فكما أن رسول الله لم يقبل تبرع المرأة أو عطيتها دون إذن زوجها، فكذلك لا يجوز للمرأة أن تعقد عقد الكفالة دون إذن زوجها، فعقد الكفالة عقد تبرع كذلك، فلا يجوز إلا بإجازة الزوج.

٣- حديثُ أَبِي هُرَيْرَةَ-ﷺ- عَنْ النَّبِيِّ -ﷺ- قَالَ:" تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ"[١].

وجه الدلالة: إن من المرغبات في نكاح المرأة المال؛ فإذا قامت المرأة بالتبرع بهذا المال فقد فوتت الفرصة على الزوج في الاستفادة من حقه في مالها الذي جعل مرغبا وسبباً في نكاح المرأة[٢].

الترجيح:

من خلال التأمل في أدلة الفريقين؛ يتبين -والله أعلم- أن قول الجمهور أرجح لما يلي:

١- قوة أدلة الجمهور.

٢- بالرَّد على أدلة القول الثاني؛ فالحديثان الأول والثاني يحملان على وجهين: أحدهما: أنَّ المراد منع المرأة من التصرف في مال زوجها إلا بإذنه؛ لأنه صاحب المال، وليس منعها من التصرف في مال هي مالكته إلا بإذن من لا يملكه وهو الزوج، وهذا واضح في العطايا اليسيرة. والوجه الثاني: أنَّ المنع محمول على حال عدم الرشد[٣].

أما قولهم بأن كفالة المرأة وتبرعها يحقق ضرراً على الزوج، ففيه نظر؛ ذلك أن الرجل يتبرع ويتصرف بأمواله دون ضرر بمن يعول، والمرأة الرشيدة تحسن التصرف كذلك دون إلحاق الأذى بالزوج.

---

[١] - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين،ح(٤٧٠٠).

[٢] - نظرية الضمان، الموسى(٣٤٨/١).

[٣] - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص٦٦).

٣- أنَّ الكفالة تصرف كباقي التصرفات، فلا موجب لمنع المرأة من هذا الحق، فهي بالغة عاقلة رشيدة. أمورٌ توجب لها حق التصرف في مالها وفق ما تراه من مصلحة.

المطلب الثالث: كفالة المريض.

يعتري الإنسان في حياته حالات من الصحة والسقم؛ فإذا مرض شخصٌ وأراد كفالة آخر، فهل تصح كفالته أم لا؟.

يصنف أهل العلم المرض إلى ثلاثة أصناف على النحو الآتي[١]:

١- المرض العارض الذي يصيب الإنسان لحظة من اللحظات وبرهة من الزمن دون أن يخاف معه الموت.

٢- المرض المخوف الذي لا يتصل بالموت، وفي هذه الحالة يبقى للمريض كذلك حرية التصرف، وتبنى الأحكام على تصرفاته. ففي هاتين الحالتين يحق للمريض التصرف في أمواله دون حجر أو غيره؛ فتصح كفالته كالصحيح[٢].

٣- المرض المخوف الذي يتبعه الموت- أو يموت فيه المريض-. ففي هذه الحالة للفقهاء قولان:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، وبعض الشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، إلى صحة كفالة المريض فيما لم يتجاوز الثلث.

١- البحر الرائق، ابن نجيم(٦/٢٢٣-٢٢٤)؛ الجوهرة النيرة، العبادي؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٥/٣٠٤)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٣/٣٩)؛ المغني، ابن قدامة(٤/٣٤٩)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٤/٤١٧-٤١٨).

٢- بدائع الصنائع، الكاساني، (٦/٦)؛ بلغة السالك، الصاوي(٣/٤٣٢)؛ أسنى المطالب، الأنصاري (٢/٢٥٢)؛ الإنصاف، المرداوي(٥/١٩١).

٣- بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٦)؛ رد المحتار،ابن عابدين (٥/٢٨٤)؛ البحر الرائق، ابن نجيم (٦/٢٢٣-٢٢٤).

٤- المدونة، مالك(٤/١١٧)؛ بلغة السالك، الصاوي (٣/٤٣٢).

٥- تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٥/٢٤٢)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢/٢٥٢).

٦- الإنصاف، المرداوي(٥/١٩١)؛ المغني؛ ابن قدامه(٤/٣٤٩).

القول الثاني: ذهب بعض محققي الشافعية، كمذهب الجمهور إلى صحة كفالة المريض في حدود الثلث، وزادوا على ذلك حالتين لجواز الكفالة فيما زاد عن الثلث هما[1]:

أ- إذا كانت الكفالة عن شخص معسر دامت حاله على الإعسار حتى الوفاة.
ب_ إذا كانت الكفالة بدون إذن المكفول عنه، حيث لا يستطيع الورثة الرجوع عليه بما ضُمن عنه.

الترجيح:

والذي يظهر -والله تعالى أعلم- قوة قول جمهور الفقهاء؛ الرامي إلى أنَّ كفالة المريض في مرض الموت تصح فيما دون الثلث فقط، وما زاد عن الثلث لا تصح الكفالة فيه إلا بإذن الورثة؛ ذلك أن الكفالة تبرع، وهذا التبرع يتعلق به حق الورثة، فلا يصار إلى إمضاء الكفالة إلا بإذن من له حق في هذا المُتبرع به بطريق الكفالة، وكما أن رسول الله-ﷺ- قد جعل الوصية إلى حد الثلث من المال مراعياً في ذلك حق الورثة وحالهم، كما في حديث سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ-رضي الله عنه- قَالَ جَاءَ النَّبِيُّ-ﷺ- يَعُودُنِي وَأَنَا بِمَكَّةَ وَهُوَ يَكْرَهُ أَنْ يَمُوتَ بِالْأَرْضِ الَّتِي هَاجَرَ مِنْهَا قَالَ:" يَرْحَمُ اللَّهُ ابْنَ عَفْرَاءَ". قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أُوصِي بِمَالِي كُلِّهِ؟ قَالَ:" لَا". قُلْتُ فَالشَّطْرُ؟ قَالَ:" لَا". قُلْتُ الثُّلُثُ؟ قَالَ:" فَالثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ فِي أَيْدِيهِمْ وَإِنَّكَ مَهْمَا أَنْفَقْتَ مِنْ نَفَقَةٍ فَإِنَّهَا صَدَقَةٌ حَتَّى اللُّقْمَةُ الَّتِي تَرْفَعُهَا إِلَى فِي امْرَأَتِكَ وَعَسَى اللَّهُ أَنْ يَرْفَعَكَ فَيَنْتَفِعَ بِكَ نَاسٌ وَيُضَرَّ بِكَ آخَرُونَ". وَلَمْ يَكُنْ لَهُ يَوْمَئِذٍ إِلَّا ابْنَةٌ"[2]. فكذلك الأمر هنا لا بد من النظر إلى مصلحة الورثة الذين ربما جلبت لهم الكفالة الغرم حتى بعد وفاة الكفيل كما يكون في بعض صيغ عقود الكفالة.

---

[1]- تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٥/٢٤٢)؛ لغرر البهية، الأنصاري (٣/١٦٤-١٦٥).

[2] - صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس،ح(٢٥٣٧).

المطلب الرابع: كفالة المحجور عليه لِفَلَس.

إذا حُجِرَ[1] على شخص لِفَلَسِهِ فهل تصح كفالته أم لا؟.

فيما سبق تم بيان مذهب الإمام أبي حنيفة من أنه لا يرى جواز الحجر بعد سن الخامسة والعشرين سنة، أما جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز الحجر على كل من فقد حسن التصرف، وأضاع صفة الرشد، إلا أنهم في تصرف المحجور عليه لفلس في الكفالة افترقوا على قولين على النحو الآتي:

القول الأول: ذهب الشافعية[2]، والحنابلة[3]، إلى صحة الكفالة من المحجور عليه لفلس.

القول الثاني: ذهب المالكية[4] إلى عدم جواز كفالة المحجور عليه لفلس؛ ذلك أن المفلس المحجور عليه لا يصح منه تبرع بأمواله؛ لأنها تتعلق بحقوق الغرماء فكذا لا تصح كفالته.

الترجيح:

إن القول بصحة كفالة المحجور عليه لفلس أولى بالترجيح؛ لأن حقوق الغرماء تتعلق بأمواله لا بذمته، فأشبه الراهن، فيصح تصرفه فيما عدا الرهن، فهو كما لو اقترض أو اشترى في ذمته[5].

المبحث الثالث: المكفول له(المضمون له).

من أركان الكفالة المكفول له؛ وهو صاحب الحق، وقد وضع الفقهاء شروطاً تتعلق بالمكفول له، وهذه الشروط هي[6]:

١- الحجر لغة: المنع، وفي اصطلاح الفقهاء: المنع من التصرف.لسان العرب، ابن منظور(٣/٥٧)؛ فتح القدير، ابن الهمام(٩/٢٥٤)، شرح حدود ابن عرفة، الرصاع(ص٣١٣).

٢- نهاية المحتاج، الرملي(٤/٤٣٤).

٣- المغني، ابن قدامة(٤/٣٤٩)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣/٣٦٦).

٤- المدونة، مالك(٤/١٢٣).

٥- المغني، ابن قدامة(٤/٣٤٩).

٦- بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٧)؛ البحر الرائق، ابن نجيم(٦/٢٣٠)؛ حاشية الدسوقي(٣/٣٣٠)؛ نهاية المحتاج، الرملي(٤/٤٣٧).

١- أن يكون المكفول له معلوماً للكفيل، وقد تم بيان اختلاف أهل العلم في هذا الشرط في الكلام عن الركن الثاني؛ الكفيل، أيشترط له معرفة المكفول له أم لا؟.

٢- أن يكون المكفول له عاقلاً، وهذا الشرط عند الحنفية، فلا يصح عندهم قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأنهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما؛ لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب، ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول، ومن قَبِلَ لم يقع الإيجاب له فلا يعتبر قبوله[١]. وإنما وضعوا هذا الشرط؛ لأنهم يشترطون قبول المكفول له في مجلس العقد، أما غير الحنفية فلم يذكروا هذا الشرط؛ لأنه لا يشترط عندهم قبول المكفول له.

٣- أن يكون قبول المكفول له في مجلس العقد، وهذا عند الحنفية[٢]، خلافاً للجمهور الذين يرون عدم اشتراط قبول المكفول له، وقد سبق بيان أقوالهم في المبحث الأول-الصيغة-، فلا مجال لتكرار ذلك.

المبحث الرابع: المكفول عنه(المضمون عنه).

الركن الرابع من أركان الكفالة؛ المكفول عنه-الأصيل، المدين- وفي ضمن هذا المبحث سأذكر شروط الفقهاء التي خصوها بالأصيل في عقد الكفالة، وخصوصاً إذا كان المدين ميتاً مفلسا، وهل يشترط كون المكفول عنه معلوما أم لا؟ شرطان عند أهل العلم على اختلاف بينهم وتفاوت في الاشتراط وعدمه على النحو الآتي:

أولاً: اتفق الفقهاء على مجموعة من الشروط هي:

١- اتفق الفقهاء على صحة الكفالة عن الصبي، والمجنون، والعبد، وقد نص الحنفية على ذلك بينما يفهم ضمناً في المذاهب الفقهية الأخرى[٣].

---

١ - بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٧).

٢ - المصدر السابق، (٦/٢).

٣ - غمز عيون البصائر،الحموي(٣/٣٢٤)؛ بلغة السالك، الصاوي(٣/٤٣٤)؛ تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٥/٢٤٦)؛ الإنصاف، المرداوي(٥/١٩٥).

٢- جواز الكفالة عن الغائب والمحبوس؛ فلا يشترط حضور المكفول عنه عقد الكفالة؛ لأن الحاجة غالباً تظهر في مثل هذه الأحوال[١].

٣- عدم اشتراط رضا المكفول عنه في كفالة المال[٢].

ثانياً: الشروط المختلف فيها والمتعلقة بالمكفول عنه وهي:

الشرط الأول: أن يكون المكفول عنه قادراً على تسليم المكفول به، إما بنفسه، أو بنائبه.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين كما يلي:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة إلى القول بعدم جواز الكفالة عن الميت المفلس الذي لم يترك وفاءً لدينه[٣].

القول الثاني: ذهب الصاحبان[٤]، وجمهور الفقهاء من المالكية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧]، والظاهرية[٨]، إلى جواز الكفالة عن الميت المفلس.

أدلة الفريقين:

أولاً: أدلة أبي حنيفة:

١- أنَّ الدَّين عبارة عن الفعل، والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح. كما لو كفل على إنسان بدين ولا دين عليه، وإذا مات

---

١ - المبسوط، السرخسي(١٦٥/١٩)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٦)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٨/٦)؛ الفواكه الدواني، النفراوي(٢٤١/٢)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٤٤/٢)؛ الغرر البهية، الأنصاري(١٥٩/٣)؛ دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، البهوتي(١٣٣/٢).

٢ - تبيين الحقائق، الزيلعي(١٧١/٤)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٥/٦)؛ مغني المحتاج، الشربيني(٢٠٢/٣)؛ الغرر البهية، الأنصاري(١٥٢/٣)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٦/٣).

٣ - البحر الرائق، ابن نجيم(٢٢٤/٦)، بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٦).

٤- المبسوط، السرخسي(١٠٨/٢٠)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٦)؛ البحر الرائق، ابن نجيم(٢٢٤/٦).

٥- التاج والإكليل، العبدري(٣٢/٧).

٦- الأم، الشافعي(٢٣٤/٣).

٧- الإنصاف، المرداوي(١٩٧/٥).

٨- المحلى، ابن حزم(٣٩٨/٦).

ملیئاً فهو قادر بنائبه، وكذا إذا مات عن كفيل؛ لأنه قائم مقامه في قــضاء دينه[1].

٢- أنَّ ذمة الميت قد زالت بالموت، والكفالة: ضـــم ذمـــة إلـــى ذمـــة فـــي المطالبة[2].

ثانياً: أدلة الجمهور:

١- حديث سلمة بن الأكوع-ﷺ- قَالَ:" كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ -ﷺ- إِذْ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ فَقَالُوا صَلِّ عَلَيْهَا فَقَالَ هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا لَا قَالَ فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا لَا فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلِّ عَلَيْهَا قَالَ هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قِيلَ نَعَـمْ قَالَ فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ فَصَلَّى عَلَيْهَا ثُمَّ أُتِيَ بِالثَّالِثَةِ فَقَالُوا صَلِّ عَلَيْهَا قَالَ هَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا لَا قَالَ فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ قَالَ صَـلُّوا عَلَـى صَاحِبِكُمْ قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ فَصَلَّى عَلَيْهِ"[3].

وجه الدلالة: يظهر وجه الدلالة من الحديث الشريف في النقاط التالية[4]:

١- أن رسول الله-ﷺ- قبل الكفالة عن الميت الذي لم يترك وفاءً لدينه؛ فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة.

٢- أنه كفل بدين ثابت؛ ولأن الدَّين وجب في حياته لحق الطالب وهو باق ولم يوجد المُسقط؛ وهو الأداء، أو الإبراء، أو انفساخ سبب وجوبه، ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك.

٣- يدل على بقاء الدَّين كونه يطالب به في الآخرة، وأنه لو تبرع به إنـسان جاز أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه، وأنه لو كان بـه كفيل قبل موته بقيت الكفالة، ولو بطل الدين بطلت الكفالة لـسقوطه عـن الكفيل بسقوطه عن الأصيل.

---

[1]- البحر الرائق، ابن نجيم(٢٢٤/٦)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٦).

[2]- البحر الرائق، ابـن نجـيم(٢٢٤/٦)؛ بـدائع الـصنائع، الكاسـاني(٦/٦)؛ الفقـه الإسـلامي وأدلتـه، الزحيلي(١٤١/٥).

[3] – سبق تخريجه ص(٧٩).

[4] – فتح القدير، ابن الهمام(٢٠٤/٧).

٢- أن الموت لا ينافي بقاء الدين؛ لأنه مال حكمي فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة ولهذا بقي إذا مات مليئاً حتى تصح الكفالة به، وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا وإذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الإبراء عنه والتبرع[١].

الترجيح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين يظهر -والله أعلم- أن قول الجمهور أرجح؛ وذلك للأدلة التالية:

١- قوة أدلة الجمهور من جهة.

٢- وبالرد على القول بأن دين الميت ساقط بموته، من جهة ثانية، ويدل على بقائه-أي الدين- كونه يُطالب به في الآخرة وأنه لو تبرع به إنسان جاز أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه، وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة، ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل[٢].

الشرط الثاني: أن يكون المكفول عنه معروفاً عند الكفيل: فإذا قال الكفيل: كفلت ما على أحد من الناس، لا تصح الكفالة؛ لأن الناس لم يتعارفوا ذلك؛ ولأن اشتراط هذا الشرط من أجل معرفة المكفول عنه، هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه، أو يستحق اصطناع المعروف أم لا؟.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين، كما يلي:

القول الأول: ذهب الحنفية في حال الكفالة المعلقة على شرط أو المضافة إلى المستقبل[٣]، وبعض الشافعية[٤]، وبعض الحنابلة[٥]، إلى اشتراط كون المكفول عنه معروفاً للكفيل.

---

١ - بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٦).

٢ - فتح القدير، ابن الهمام(٧/٢٠٤).

٣ - المصدر السابق، (٧/١٨٤).

٤ - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٥/٢٤٦)؛ أحكام القرآن، ابن العربي(٣/٦٧).

٥ - المغني، ابن قدامة(٤/٣٤٤)؛ الإنصاف، المرداوي(٥/١٩٥).

القول الثاني: ذهب المالكية[1]، ومن وافقهم من باقي المذاهب كالشافعية في الصحيح عندهم[2]، والحنفية في حال الكفالة المنجزة[3]، إلى القول بعدم اشتراط معرفة الكفيل للمكفول عنه.

أدلة الفريقين:

أولاً: أدلة القول الأول.

استدل الفريق الأول على اشتراط معرفة المكفول عنه لصحة عقد الكفالة، بأنه لا بد من معرفة المكفول عنه ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا؟ وليعرف المضمون له، فيؤدي إليه[4].

ثانياً: أدلة الفريق الثاني.

١- أن ضمان المكفول عنه معروف معه وهو يفعل مع أهله وغير أهله"[5].

٢- أن الكفالة تبرع بالتزام مال، فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به، كالنذر[6].

الترجيح:

يظهر بعد عرض أدلة الفريقين، أن القول الثاني أرجح في عدم اشتراط معرفة المكفول عنه لما يلي:

١- قوة أدلة الفريق الثاني.

٢- في حديث سلمة بن الأكوع قام أبو قتادة بتكفل دين الميت ولم يعرفه، ولم ينكر عليه رسول الله -ﷺ- فدلَّ على جواز الكفالة في حال جهالة المكفول عنه.

---

١ - بلغة السالك، الصاوي(٣/٤٣٤).

٢ - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٥/٢٤٦).

٣ - فتح القدير، ابن الهمام(٧/١٨٤).

٤ - المغني، ابن قدامة(٤/٣٤٤).

٥ - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٥/٢٤٦).

٦ - المغني، ابن قدامة(٤/٣٤٤).

الشرط الثالث: رضا المكفول عنه في كفالة النفس.

اختلف الفقهاء في اشتراط رضا المكفول عنه في كفالة النفس على رأيين:

القول الأول: ذهب الحنفية[١]، وبعض المالكية[٢]، إلى عدم اشتراط رضا المكفول عنه في كفالة النفس.

القول الثاني: ذهب بعض المالكية[٣]، وهو رأي الشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، إلى اشتراط رضا المكفول عنه.

الترجيح:

يظهر- والله أعلم- عدم اشتراط رضا المكفول عنه؛ لأن الكفالة وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة؛ ولأنها التزام حق عليه من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر[٦].

المبحث الخامس: المكفول به(المضمون).

الركن الخامس والأخير من أركان الكفالة المكفول به؛ وهو الحق المُلتزم به لصاحب الحق، وهذا الحق قد يكون ديناً، أو عيناً، أو نفساً، أو فعلاً؛ كتسليم المبيع أو غيره من المكفول به. وقد اشترط أهل العلم مجموعة من الشروط في المكفول به كما يلي:

١- أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على ثلاثة آراء:

---

١ - تبيين الحقائق، الزيلعي(١٧١/٤).

٢ - شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٥/٦).

٣ - بلغة السالك، الصاوي(٤٣٤/٣).

٤ - نهاية المحتاج، الرملي(٤٥٠/٤).

٥ - كشاف القناع، البهوتي(٣٨٠/٣).

٦ - نهاية المحتاج، الرملي(٤٥٠/٤)؛ المغني، ابن قدامة(٣٤٤/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٨٠/٣).

القول الأول: ذهب كل من الحنفية في حال الإجبار على الكفالة [1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3]، إلى عدم صحة الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل.

القول الثاني: فصل الشافعية القول في ذلك على النحو الآتي[4]:

١-صحة الكفالة فيما كان حقاً لله مالياً كالزكاة، أو كانت حقاً لآدمي خالصاً؛ مالاً أو عقوبة.

٢-عدم صحة الكفالة فيما كان عقوبة لله كحد خمر، وغيره مما أُمرنا بسترها وإسقاطها ما أمكن.

القول الثالث: ذهب الحنفية إلى جواز الكفالة في الحدود والقصاص المتعلقة بحق العبد في حال الطواعية والاختيار؛ فإن سمحت نفس المدعى عليه وتبرع بإعطاء الكفالة في حال القصاص؛ والحد الذي فيه حق العبد وهو حد القذف وحد السرقة، جازت الكفالة بالنفس؛ لأنها كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين[5].

الترجيح:

يتبين مما سبق أنه إذا كان المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل، كالكفالة في الحدود التي فيها حقوق للآدميين تصح الكفالة ويتحقق المراد منها، والفائدة المرجوة من جوازها، أما ما لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا تصح الكفالة فيه من الحقوق الخالصة لله تعالى؛ لأنه إذا لم تحقق الكفالة الهدف الذي تمت من أجله فهي عبث، ووجودها كعدمها، وسيتم تفصيل القول في الكفالة في الحدود والقصاص في مباحث مستقلة قادمة.

---

١ – تبيين الحقائق، الزيلعي(١٥٨/٤)؛ العناية شرح الهداية، البابرتي(١٧٧/٧).

٢ – التاج والإكليل، العبدري(٣٤/٧).

٣ – الإنصاف، المرداوي(٢١٠/٥)؛، الفروع، ابن مفلح المقدسي،(٢٤٧/٤).

٤ – تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٥٩/٥).

٥– فتح القدير، ابن الهمام(١٧٨/٧)؛ تبيين الحقائق، الزيلعي(١٥١/٤-١٥٢).

٢- أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل، سواءً أكان ديناً أم عيناً أم نفساً أم فعلاً.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، إلى جواز الكفالة في حال كون المكفول به ديناً، أو عيناً، أو نفساً، أو فعلاً، بشرط أن تكون العين مضمونة بنفسها كالمغصوب مثلاً. أما العين التي هي أمانة سواءً أكانت غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات، أم واجبة التسليم كالعارية والمستأجَر في يد الأجير أو المضمونة بغيرها، كالمبيع قبل القبض، فلا تصح الكفالة بها؛ لأن العين التي هي أمانة ليست بمضمونة؛ ولأن المضمون بغيره ليس بمضمون بنفسه، فإذا هلك المبيع قبل القبض لا يجب على البائع شيء. والمراد بالفعل المكفول به؛ فعل التسليم كالكفالة بتسليم المبيع، وهي صحيحة؛ لأن التسليم مضمون على الملتزم به، فالمَبيع مضمون التسليم على البائع[٤].

القول الثاني: ذهب المالكية إلى جواز الضمان بالدَّين فقط، ولا يجوز الضمان في الأعيان مطلقاً عندهم؛ سواءً كانت العين مضمونة بنفسها أو بغيرها[٥].

أما بالنسبة لكفالة النفس فهي محل بحث في الباب الثاني من هذه الرسالة، وسيتم هناك بيان حكمها وأقوال الفقهاء فيها.

١- البحر الرائق، ابن نجيم(٢٢٤/٦)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(٧/٦)؛ درر الحكام، بن فرموز(منلا خسروا)(٣٠١/٢).

٢- التجريد لنفع العبيد، حاشية البجيرمي على المنهج(٢٨/٣).

٣- المغني، ابن قدامة(٣٤٦/٤)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي(١٤٣/٥).

٤- البحر الرائق، ابن نجيم(٢٢٤/٦)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(٧/٦)؛ التجريد لنفع العبيد، حاشية البجيرمي على المنهج (٢٨/٣)؛ المغني، ابن قدامة(٣٤٦/٤).

٥- حاشية الدسوقي(٣٣٣/٣).

٣- أن يكون المكفول به ديناً لازماً صحيحاً؛ وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، إلى اشتراط كون المكفول به ديناً لازماً صحيحاً.

القول الثاني: ذهب الحنابلة[٤] إلى صحة الكفالة في حال كون المكفول به آيلاً إلى اللزوم، ولم يشترطوا أن يكون لازماً، فعلى هذا يصح ضمان الجُعل في الجعالة[٥]، والمسابقة، ولو قَبْلَ العمل؛ لأنه يؤول إلى اللزوم.

كفالة نفقة المرأة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء:

القول الأول: ذهب الحنابلة في قول[٦]، والشافعي في أحد قوليه[٧]، إلى صحة ضمان نفقة الزوجة مستقبلة كانت أو ماضية، وهذا في كفالة المال.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى عدم صحة كفالة نفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها؛ لأنها ليست ديناً صحيحاً لسقوطها بالموت والطلاق، أما إذا كانت مستدانة بأمر القاضي؛ فإنها تكون ديناً صحيحاً، وإنما أجازوا الكفالة المستقبلة مع أنها لم تصر ديناً استحساناً منهم[٨].

١- رد المحتار، ابن عابدين(٢٨٤/٥)؛ البحر الرائق، ابن نجيم(٢٢٢/٦).

٢- حاشية الدسوقي،(٣٣٣/٣)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٤/٦).

٣- مغني المحتاج، الشربيني(٢٠٢/٣).

٤- كشاف القناع، البهوتي(٣٧٠/٣)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣٠٥/٣).

٥- الجعالة لغةً: جعل الشيء يجْعله جعلاً، واجتعله؛ وضعه. لسان العرب، ابن منظور(٣٠٠/٢)، والجعالة اصطلاحاً: هي أن يعطي زيد شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملاً معلوماً، أو مجهولاً مدة مجهولة. الإنصاف، المرداوي(٣٨٩/٦).

٦- المغني، ابن قدامة(٣٤٦/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٧١/٣).

٧- الغرر البهية، الأنصاري(١٥٤/٣).

٨- رد المحتار، ابن عابدين(٢٨٤/٥).

القول الثالث: ذهب الشافعي في قوله الثاني إلى صحة كفالة نفقة الزوجة إذا كانت ماضية أو حاضرة لوجوبها في الذمة، ولا تصح في النفقة المستقبلة[1].

وقد عمل قانون الأحوال الشخصية على جواز كفالة نفقة الزوجة[2]. وبناءً على هذا الشرط لا تصح الكفالة ببدل الكتابة؛ لأنه ليس بدين لازم، أو أنه دين ضعيف؛ لأن للمُكاتَب إسقاط المُكاتَبة[3] بالفسخ؛ لأنه يملك تعجيز نفسه[4]،وكذلك بدل السعاية[5].

٤- لا يشترط عند جمهور الفقهاء من الحنفية[6]، والمالكية[7]، والشافعي في القديم[8]، والحنابلة[9]، أن يكون المكفول به في كفالة المال معلوماً لا قدراً ولا صفة ولا عيناً؛ فتصح الكفالة بالمعلوم؛ كقوله: تكفلت عنه بألف، أو بالمجهول كقوله: تكفلت عنه بما لك عليه؛ لأن الكفالة مبناها على التوسع، فيحتمل فيها الجهالة.

ومذهب الشافعي في الجديد[10]: أنه ينبغي أن يكون المكفول به معلوماً جنساً وقدراً وصفةً وعيناً؛ لأن الضمان إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، فلم

---

١ - الغرر البهية، الأنصاري(١٥٤/٣).

٢ - القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية، القاضي الشيخ أحمد بن محمد علي داود، قرار(١١٣٣٤)، بتاريخ٢٢/٦/٦١.(١١٠٧/٢)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط(١)، ١٤٢٠هـ،١٩٩٩م.

٣- المكاتبة لغةً: كتب الشيء يكْتبه كتْباً وكتاباً وكتابةً، خطه. لسان العرب، ابن منظور(٢٢/١٢). واصطلاحاً: لفظة وضعت لعتق على مال منجم إلى أوقات معلومة يحل كل نجم لوقته المعلوم، واصلها من الكتب وهو الجمع؛ لأنها تجمع نجوماً. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد المنعم(٣٤٠/٣).

٤- المبسوط، السرخسي(١٣٢/٢٠)؛ فتح القدير، ابن الهمام(٢٣٧/٧)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٤/٦)؛ الأم، الشافعي(٢٠٧/٨)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٣٩/٢)؛ الإنصاف، المرداوي(١٩٩/٥).

٥- مجمع الأنهر، شيخي زاده(١٣٦/٢). السعاية: هي التصرف بكل عمل؛ خيراً كان أو شراً، ومنه سعي العبد في تحرير نفسه.معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد المنعم(٢٦٧/٢).

٦- بدائع الصنائع، الكاساني(٢٩/٦)؛ فتح القدير، ابن الهمام(١٨١/٧)؛ درر الحكام، علي حيدر(٧٢٤/١).

٧- حاشية الدسوقي(٣٣٤/٣).

٨- تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٥٣/٥).

٩- الإنصاف، المرداوي(١٩٥/٥)؛ الفروع، ابن مفلح(٢٤٢/٤).

١٠- تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٥٣/٥).

يجز مع الجهالة، كالثمن في البيع، فلا يصح المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين، واستثنوا ضمان الدَّرك لحاجة الناس إليه.

اتفق الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، على صحة ضمان الدَّرْك[5].

واستدلوا بالآتي[6]:

١- قول الله-ﷻ-:" ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢﴾"[7].

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الكفيل كفل بحمل بعير وهو غير معلوم ومتفاوت، فدل ذلك على عدم اشتراط كون المكفول به معلوماً.

٢- قول رسول الله-ﷺ- في حديث أبي أُمامة الباهلي:" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"[8]. وهذا لفظ عام يشمل المكفول به سواءٌ أكان معلوماً أو مجهولاً.

٣- ومن المعقول؛ وهو أن الكفالة مبناها على التوسع؛ لأنها تبرع، فتحتمل الجهالة إذا كانت متعارفة.

الترجيح:

يظهر مما سبق أن الرَّاجح هو قول جمهور الفقهاء الرامي إلى عدم اشتراط كون المكفول به- في كفالة المال- معلوماً لا قدراً ولا صفة ولا عيناً، وذلك لما يلي:

---

١ - المبسوط، السرخسي(١٢٨/٢٠)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(٩/٦).

٢ - منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد(عليش)،(٢٠٥/٦)، دار الفكر.

٣ - نهاية المحتاج، الرملي(٤٤٠/٤)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٣٨/٢).

٤ - المغني، ابن قدامة(٣٤٧/٤).

٥ - ضمان الدَّرك: لغة: اللَّحق من التبعة، وفي الاصطلاح: ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مغصوباً، أو مُستحقاً، أو أُخذ بشفعة سابقة. لسان العرب، ابن منظور(٣٣٤/٤)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٣٨/٢).

٦ - بدائع الصنائع، الكاساني(٩/٦)؛ حاشية الدسوقي(٣٣٤/٣)؛ تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٥٣/٥)؛ الإنصاف، المرداوي(١٩٥/٥)؛ الفروع، ابن مفلح(٢٤٢/٤).نظرية الضمان، الموسى(٣٦٠/١).

٧ - سورة يوسف، آية (٧٢).

٨ - سبق تخريجه.ص(٨٢).

١- قوة أدلة الجمهور، هذا من جهة.

٢- أن عقد الكفالة تبرع، مبناه على التوسع، فصحت مع الجهالة.

٥- يشترط الحنابلة في كفالة النفس أن يكون المكفول به معيناً، فلا تصح الكفالة بغير معين؛ ككفلت أحد هذين المَدِيْنَيْن؛ لأن المكفول به غير معلوم في الحال ولا المآل فلا يمكن تسليمه، بخلاف كفالة الدين المجهول الذي يؤول إلى العلم[١].

٦- أن لا تكون الكفالة في جزية[٢] ولو بعد حلولها؛ لأن أخذها من الضامن وهو ليس ممن يدفع الجزية يُفَوِّتُ الصَّغار المرجو تحقيقه للمضمون عنه الذي وجبت عليه الجزية؛ أي كأن لدفع الجزية هدفين؛ معنوي يكون بتحقيق الانقياد لمن يدفعها؛ لأنَّه يعيش في ظل دولة تحميه مع أنه يأبى العيش في عزّ الإسلام، وآخر مادي يدفعه الذمي مقابل تأمينه[٣].

[١] - دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، البهوتي(١٣١/٢)؛ الإنصاف، المرداوي(١٩٦/٥-١٩٧).

[٢] - الجزية لغة: ما يؤخذ من أهل الذمة، لسان العرب، ابن منظور(٢٨٠/٢)، واصطلاحاً: ما يؤخذ من أهل الذمة(الكفّار)؛ جزاءً على تأمينهم. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد المنعم(٥٣٠/١).

[٣] - الإنصاف، المرداوي(٢٢٩/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٣/٣).

* الباب الثاني:أنواع الكفالة، وصورها المعاصرة، ويحتوي على أربعة فصول:

* الفصل الأول: الكفالة بالمال، ويحتوي على خمسة مباحث:

المبحث الأول: أقوال العلماء في الكفالة بالمال.

المبحث الثاني: أحكام الكفالة بالمال وآثارها.

المبحث الثالث: التوكيل في الكفالة بالمال.

المبحث الرابع: انتهاء الكفالة بالمال.

المبحث الخامس: هل تصح الكفالة بالمال في الحدود والقصاص؟.

* الفصل الثاني: الكفالة بالنفس ويحتوي على خمسة مباحث:

المبحث الأول: أقوال العلماء في الكفالة بالنفس.

المبحث الثاني: أحكام الكفالة بالنفس وآثارها.

المبحث الثالث: التوكيل في الكفالة بالنفس.

المبحث الرابع: انتهاء الكفالة بالنفس.

المبحث الخامس: هل تصح الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص؟.

* الفصل الثالث: صور وأشكال للكفالة، ويحتوي على أربعة مباحث:

المبحث الأول: الكفالة المعلقة.

المبحث الثاني: الكفالة المضافة إلى المستقبل.

المبحث الثالث: الكفالة المؤقتة.

المبحث الرابع: ضمان الدرك، وضمان المجهول.

* الفصل الرابع: صور معاصرة للكفالة ونظرة الشريعة الإسلامية إليها، ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الكفالة المصرفية وخطاب الضمان.

المبحث الثاني: الاعتمادات المستندية.

المبحث الثالث: التأمين التجاري.

* الفصل الأول: الكفالة بالمال، ويحتوي على خمسة مباحث:

المبحث الأول: أقوال العلماء في الكفالة بالمال.

المبحث الثاني: أحكام الكفالة بالمال وآثارها.

المبحث الثالث: التوكيل في الكفالة بالمال.

المبحث الرابع: انتهاء الكفالة بالمال.

المبحث الخامس: هل تصح الكفالة بالمال في الحدود والقصاص؟.

المبحث الأول: أقوال العلماء في الكفالة بالمال.

أجمع أهل العلم، وكل من يُعتد بإجماعه منذ الزمن الأول وحتى العصر الحاضر، على مشروعية الكفالة بالمال، وقد نقل الإجماع كثير من الفقهاء، ومن أقوالهم في ذلك:

١- قال ابن عابدين:" ودليلها الإجماع وسنده، قوله-ﷺ-" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ "(١)(٢).

٢- قال النفراوي:" والدليل على مشروعيته الكتاب والسنة وإجماع الأمة،...وأما الإجماع فقد حكاه شيوخ عدة"(٣).

٣- وأما علماء الشافعية فقد ذكروا الإجماع في كتبهم في مواطن عدة، حيث قالوا:" والأصل في ذلك قبل الإجماع أخبار"(٤).

٤- ونقل ابن قدامه الإجماع على جوازها في قوله:" وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع"(٥).

وقد سبق ذكر الأدلة على جواز الكفالة في الحديث عن مشروعيتها في الفصل الثاني من الباب الأول.

المبحث الثاني: أحكام الكفالة بالمال وآثارها.

تتفرد الكفالة بالمال ببعض الأحكام والآثار التي تميزها عن الكفالة بالنفس، ولكنها قد تشترك معها في كثير من الأحكام كذلك، وسأذكر في هذا المبحث أحكام الكفالة وآثارها على النحو التالي:

١- سبق تخريجه، ص(٨٢).

٢- رد المحتار، ابن عابدين(٥/٢٨٥).

٣- الفواكه الدواني، النفراوي،(٢/٢٤٠).

٤- نهاية المحتاج، الرملي(٤/٤٣٢)؛ أسنى المطالب،الأنصاري(٢/٢٣٥)؛ حاشية الجمل، العجيلي، (٣/٣٧٨).

٥- المغني، ابن قدامة، (٤/٣٤٤).

اتفق الفقهاء[1] على أن للدائن حق مطالبة الكفيل بالدَّين إذا عجز المدين عن السداد أو ماطل.

اتفق الفقهاء[2] على براءة المكفول عنه، فلا يحق للدائن مطالبته إذا كانت الكفالة بشرط براءته. وتكون الكفالة حَوالةً معنىً في هذه الحالة.

اتفق الفقهاء[3] على أنَّ الكفيل لا يستحق الرجوع على المدين إلا بعد أن يؤدي المضمون به، وبعد حلول الأجل، وأنَّه لا يحق للكفيل الرجوع على المدين إلا بالأقل مما أدى، أو قَدْرَ الدَّين.

واختلف الفقهاء في براءة المكفول عنه بمجرد الكفالة أم لا؟ على ثلاثة آراء على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب الحنفية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، إلى أن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل؛ لأن ذمة الكفيل قد شُغلت بالدين مع بقائه شاغلاً لذمة المكفول عنه.

الرأي الثاني: ذهب مالك[7]، وابن القيم[8]، إلى أن الدائن يطالب المدين، ولا يجوز له أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين، كأن يكون المدين غائباً أو معسراً أو مماطلاً.

---

[1] - المبسوط، السرخسي(١٦١/١٩)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(١٠/٦-١١)؛ درر الحكام، علي حيدر(٨٣٨/١)؛ حاشية الدسوقي(٣٤٧/٣)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٤٣/٢)؛ شرح منتهى الإرادت، البهوتي(١٣٣/٢).

[2] - بدائع الصنائع، الكاساني(١٠/٦-١١)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٨/٦)؛ مغني المحتاج، الشربيني(٢١٥/٣)؛ شرح منتهى الإرادت، البهوتي(١٣٣/٢).

[3] - المبسوط، السرخسي(٥٩/٢٠)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(١٣/٦-١٤)؛ حاشية الدسوقي(٣٣٦/٣)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٧/٦)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٤٨/٢)؛ الإنصاف، المرداوي(٢٠٤/٥-٢٠٥).

[4] - بدائع الصنائع، الكاساني(١٠/٦).

[5] - حاشية البجيرمي، علي الخطيب(١١٩/٣).

[6] - كشاف القناع، البهوتي(٣٦٤/٣).

[7] - حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعيدي العدوي(٣٦٤/٢)، دار الفكر.

[8] - إعلام الموقعين، ابن القيم(٣٩٩/٣).

الرأي الثالث: ذهب الظاهرية[1]، وأبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة، إلى أن الدائن لا يجوز له مطالبة المدين مطلقاً، وإنما تجب المطالبة على الكفيل وحده؛ لأن الدين بالكفالة قد انتقل من ذمة المدين إلى ذمة الضامن.

أدلة كل فريق:

أولاً: استدل الجمهور والقائلون بأنَّ الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، بالأدلة الآتية:

١- عموم قول الرسول-ﷺ-:" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"[2]، فالحديث جعل الزعيم؛ أي الكفيل غارماً، ولم يفرق بين كون المضمون عنه قادراً على أداء الحق أو غير قادر.

٢- كما استدلوا بأدلة من المعقول منها[3]:

أ- أن الكفالة لو كانت مبرئه لكانت حَوالة، وهما متغايران؛ لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني.

ب- الضمان مشتق من الضم فاقتضى لَفْظُهُ ضم إحدى الذِّمتين إلى الأخرى فيكون الحق ثابتاً في ذمتهما، فَمَلَكَ مطالبة من شاء منهما، وكذا الكفالة تنبئ عن ضم ذمة إلى ذمة.

ت- الكفالة لا تنقل الحق قياساً على الشهادة؛ وإذا كانت لا تنقل الحق فللدائن مطالبة الكفيل والأصيل.

ثانياً: استدل القائلون بأنه لا يُطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين- المضمون عنه- بما يلي[4]:

---

١ - المحلى، ابن حزم(٣٩٨/٦).

٢ - سبق تخريجه، ص(٨٢).

٣ - بدائع الصنائع، الكاساني(١٠/٦)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب(١١٩/٣)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٤/٣)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص١٩٦).

٤ - إعلام الموقعين، ابن القيم(٣٩٩/٣).

١- أن الضَّامن فرع، والمضمون عنه أصل، وقاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول؛ كالتراب في الطهارة، والصوم في كفارة اليمين، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل، وقد اطرد هذا في ولاية النكاح واستحقاق الميراث؛ لا يلي فرع مع أصله ولا يرث معه.

٢- أنَّ الكفالةَ توثقةٌ وحفظٌ للحقِّ، فهي جارية مجرى الرَّهن، ولكن ذاك رهن عين وهي رهن ذمة أقامها الشارع مقام رهن الأعيان للحاجة إليها واستدعاء المصلحة لها، والرهن لا يُستوفى منه إلا مع تعذر الاستيفاء من الرَّاهن، فكذا الضمين.

٣- أنَّ الضَّامن في الأصل لم يوضع لتعدد محل الحق كما لم يوضع لنقله؛ وإنما وضع ليحفظ لصاحب الحق حقه من التوى-الهلاك-، ويكون له محل يرجع إليه عند تعذر الاستيفاء من محله الأصلي، ولم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل ويُسْرَتِهِ والتمكن من مطالبته والناس يستقبحون هذا ويعدون فاعله متعدياً، ولا يعذرونه بالمطالبة، حتى إذا تعذر عليه مطالبة الأصيل عذروه بمطالبة الضامن وكانوا عوناً له عليه وهذا أمر مستقر في فطر الناس ومعاملاتهم.

ثالثاً: استدل القائلون بأنَّ الدائن لا يجوز له مطالبة المدين- المضمون عنه- مطلقاً، وإنما تجب المطالبة على الكفيل وحده بما يلي[1]:

١- حديث سلمة بن الأكوع-رضي الله عنه- قَالَ:" كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ -ﷺ- إِذْ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ فَقَالُوا صَلِّ عَلَيْهَا فَقَالَ هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا لَا قَالَ فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا لَا فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلِّ عَلَيْهَا قَالَ هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قِيلَ نَعَمْ قَالَ فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ فَصَلَّى عَلَيْهَا ثُمَّ أُتِيَ بِالثَّالِثَةِ فَقَالُوا صَلِّ عَلَيْهَا قَالَ هَلْ تَرَكَ شَيْئًا قَالُوا لَا قَالَ فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ قَالُوا ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ قَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ فَصَلَّى عَلَيْهِ"[2]. قال ابن حزم :"وفيه أن

---

[1] - المحلى، ابن حزم(٣٩٨/٦).

[2] - سبق تخريجه ص(٧٩).

الدَّين يسقط بالضمان جملة؛ لأنه لو لم يسقط عن الميت وينتقل إلى ذمـــة أبى قتادة لما كانت الحال إلا واحدة، وامتناعه -ﷺ- من الصلاة عليه قبل ضمان أبى قتادة لدينه، ثم صلاته عليه بعد ضمان أبى قتادة برهان صحيح على أن الحال الثانية غير الأولى، وأنّ الدَّين الذي لا يترك به وفـــاء قـــد بطل وسقط بضمان الضامن ولزم ذمة الضامن بقول أبى قتادة الذي أقـــره عليه النبي-ﷺ- على دينه. فصح أن الدَّين على الـــضَّامن بَعْـــدُ لا علـــى المضمون عنه"[١].

٢- حديث قبيصة بن مخارق الهلالي-ﷺ-:" قَالَ تَحَمَّلْتُ حَمَالَةً فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- أَسْأَلُهُ فِيهَا فَقَالَ أَقِمْ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا قَالَ ثُمَّ قَالَ يَا قَبِيصَةُ إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا لِأَحَدِ ثَلَاثَةٍ رَجُلٍ تَحَمَّلَ حَمَالَةً فَحَلَّـــتْ لَـــهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ثُمَّ يُمْسِكُ وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ اجْتَاحَتْ مَالَهُ فَحَلَّـــتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَـــيْشٍ وَرَجُـــلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَقُومَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ فَمَـــا سِوَاهُنَّ مِنْ الْمَسْأَلَةِ يَا قَبِيصَةُ سُحْتًا يَأْكُلُهَا صَاحِبُهَا سُحْتًا"[٢].

وجه الدلالة: أنَّ الرسول-ﷺ- عمَّمَ إباحة تحمل الحمالة عموماً بكل حال[٣].

٣- أنَّ الدَّين الواحد لا يحلُّ في محلَّين؛ لأنه من المحال الممتنع أن يكون مال واحد معدود محدود هو كله على زيد وهو كله على عمرو، ولو كان يصح هذا الأمر لكان لصاحب المال أن يُطالب كل واحد منها بمفـــرده بجميـــع المال فيحصل له العدد مضاعفا عندئذٍ[٤].

---

١ - المحلى، ابن حزم(٣٩٨/٦).
٢ - سبق تخريجه ص(٨٣).
٣ - المحلى، ابن حزم (٣٩٨/٦).
٤ - المصدر السابق (٤٠٠/٦).

الترجيح:

يتبين من خلال النظر في أدلة الآراء الثلاثة السابقة أن الـرأي الـراجح – والله أعلم– هو رأي مالك وابن القيم القائل بأنَّ الدائن يُطالب المـدين، ولا يجوز له أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين لما يلي:

١– قوة أدلتهم.

٢– وبالرد على أدلة الآراء الثانية من جهة أُخرى كما يلي:

أولاً: الرد على أدلة الجمهور:

وقد أجاب ابن القيم على أدلة الجمهور بنقاط منها[١]:

١– أنَّ قول النبي–ﷺ–:" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"، لا عموم له ولا يدل على أنه غارم في جميع الأحوال ولهذا لو أدى الأصيل لم يكن غارما، ولحديث أبى قتادة في ضمان دين الميت لتعذر مطالبة الأصيل.

٢– أنَّه لا يصح الاحتجاج بأنَّ الضمان مشتق من الضم فاقتضى لفظه ضمَّ إحدى الذِّمتين إلى الأخرى، من وجهين:

أحدهما: أنَّ الضَّمَّ من المُضاعَف، والضمان من الضمين فمادتهمـا مختلفـة ومعناهما مختلف وإن تشابها لفظا ومعنى في بعض الأمور.

الثاني: أنَّه لو كان مشتقا من الضَّمِّ فالضمُّ قدر مشترك بين ضمٍّ يطالب معـه استقلالا وبدلا، والأعمُّ لا يستلزم الأخصَّ.

ثانياً: الرد على أدلة ابن حزم ومن وافقه كما يلي[٢]:

١– صلاة الرسول–ﷺ– على الميت بعد أن تحمَّل أبو قتادة دينه لم تكـن لأن الدَّين سقط عن الميت؛ بل لأنه أصبح لدين الميت وفاء، فالرسول–ﷺ– لم يكن يصلي على من لم يخلف وفاءً لدينه سواءً من تركته، أو من وفاء من يكفله.

٢– أنَّ أبا قتادة تبرع بكفالة ما على الميت ولا نية له في الرجوع.

---

١ – إعلام الموقعين، ابن القيم(٣/٣٩٩).

٢ – المغني، ابن قدامة(٤/٣٥١–٣٥٢)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص(٢٠٠–٢٠١).

٣- أنَّ استدلال ابن حزم بحديث قبيصة بن مخارق الهلالي غير مسلَّم؛ لأن معنى كلمة حمالة في الحديث الدَّين الذي يتحمله الشخص للإصلاح بين الناس وليست الكفالة.

٤- الضمان يختلف عن الحوالة، فهو مشتق من الضم فيقتضي تعلُّق الحق فيهما، والحوالة مشتقة من التحول، فتقتضي تحول الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

ومن أحكام الكفالة كذلك ما يلي:

١- تعدد الكفلاء، وقد ذكر الفقهاء صوراً لذلك منها:

أ- يرى المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، أنه إذا تعدد الكفلاء على الترتيب بأن ضمن واحد ثم ضمن آخر وهكذا، فإن الحقَّ يتوجه إلى كلٍ منهم فمتى استوفى الحق من أحدهم برئ الجميع.

ب- يرى الحنفية[٤]، والمالكية[٥]، والحنابلة[٦]، وجمع من متقدمي الشافعية[٧]، أنه إذا تعدد الكفلاء ولم يكفل أحد منهم عن صاحبه فإن الدائن يرجع على كل منهم بحصته فقط، ولا يرجع أحد الكفلاء على أصحابه بما أدى؛ لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً؛ لأنه لم يكفل عنه ولكن يرجع على الأصيل.

---

١ - حاشية الدسوقي(٣٣١/٣).

٢ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٢٧١/٥).

٣ - المغني، ابن قدامة(٣٥٢/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٥/٣).

٤ - المبسوط، السرخسي(١٢٨/٢٠)؛ العناية شرح الهداية،البابرتي(١٨٠/٧-١٨١).

٥ - حاشية الدسوقي(٣٣١/٣).

٦ - المغني، ابن قدامة(٣٥٢/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٥/٣).

٧ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٢٧١/٥).

ج- يرى الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3]، وجمع من محققي الشافعية[4]، أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كلٌ منهم عن صاحبه بأمره وبكل المال فإن كل واحد منهم يُطالب بالمال جميعه، فإذا أدى فإن له الرجوع على أصحابه بحصصهم أو على المدين.

٢- يثبت حق الكفيل في مطالبة الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره في جميع أنواع الكفالات؛ فإذا كانت الكفالة بدين مثلاً يُطالِب الكفيل المكفول عنه بالخلاص إذا طُولب، وإن حُبس فله أن يَحبس المكفول عنه؛ لأنه هو الذي أوقعه في المسؤولية فكان عليه تخليصه منها. أمَّا في حال كون الكفالة بغير أمر الأصيل فليس للكفيل حق ملازمة الأصيل إذا لوزم، ولا حق الحبس إذا حبس[5].

٣- رجوع الكفيل على الأصيل، ولذلك شروط سأذكرها. وهل يرجع الكفيل بما ضمن أم بما أدى؟ كما يلي:

أولاً: شروط رجوع الكفيل على الأصيل[6]:

١- أن تكون الكفالة بإذن صحيح؛ أي بإذن شخص أهل لصدور الإقرار على نفسه بالدين، فلا يُعتَبر إذن الصَّبي المحجور عن التصرفات، وبالتالي لا يحق للكفيل الرجوع عليه بما أداه عنه؛ لأن العلاقة علاقة استقراض، واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان.

٢- إضافة الضمان إلى الأصيل بأن يقول للكفيل: اضمن عني؛ لأنه إذا لم يضف إلى نفسه فلا يتحقق معنى الإقراض الذي تقوم عليه

---

١ - المبسوط، السرخسي(١٢٨/٢٠)؛ العناية شرح الهداية،البابرتي(١٨٠/٧-١٨١).

٢ - حاشية الدسوقي(٣٣١/٣).

٣ - المغني، ابن قدامة(٣٥٢/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٥/٣).

٤ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٢٧١/٥).

٥ - فتح القدير، ابن الهمام (١٦٣/٦)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي (٢٥/٦)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٤١/٢)؛ الإنصاف، المرداوي(٢٠٤/٥).

٦ - المبسوط، السرخسي (١٣٠/٢٠)؛ فتح القدير، ابن الهمام (١٦٣/٦)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٥/٦)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٤١/٢)؛ الإنصاف، المرداوي(٢٠٤/٥)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي(١٥٨/٥).

العلاقة بين الكفيل والأصيل؛ لأن الكفالة بالنسبة للمكفول عنه استقراض؛ أي طلب القرض، وبالنسبة للكفيل بعد الأداء إقراض للمكفول عنه ونائب عنه في الأداء إلى المكفول له. أما بالنسبة للمكفول له فهو تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذه من المال فيرجع عليه بما أقرضه.

٣- ألا يكون للأصيل على الكفيل دين مثل الدين الذي أداه الكفيل؛ لأنه إذا أدى الدين حصلت مقاصة بينهما.

٤- أن تكون الكفالة بإذن المدين، فإن لم تكن كذلك فمن حق المدين أن لا يدفع شيئاً للضامن مقابل ما دفعه؛ لأنه يُعتَبر متبرعاً، وهذا رأي الحنفية والشافعية. وقال مالك وأحمد في رواية لا يشترط أن يكون الضمان بإذن المضمون عنه؛ لأنه قضاءٌ مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه.

ثانياً: بيان ما يرجع به الكفيل على الأصيل، اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

أ- ذهب الحنفية[١]، إلى أن الكفيل يرجع على الأصيل بما ضمنه لا بما أداه؛ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل، فيرجع بما تمت عليه الكفالة، أما في حال الصلح على بعض الدين فإنه يرجع بما صالح به لا بكل الدَّين؛ لأنه بأداء البعض لم يملك ما في ذمة الأصيل وهو كل الدَّين، إذ لا يمكن اعتبار الصلح تمليكاً؛ لأنه يؤدي إلى الربا.

ب- ذهب المالكية[٢]، والشافعية[٣]، في الأصح عندهم: إلى أنَّ الكفيل يرجع بما غَرِم ووافقهم الحنابلة[٤]، إذا كان المقضي عن المدين أقل من

---

١ - بدائع الصنائع، الكاساني(١٥/٦).
٢ - حاشية الدسوقي،(٣٣٥/٣-٣٣٦).
٣ - الغرر البهية، الأنصاري(١٦٣/٣).
٤ - الإنصاف، المرداوي(٢٠٤/٥-٢٠٥).

الدين؛ لأنه هو الشيء الذي بذله فعلاً، وكذلك الحال في المصالحة على بعض الدين.

ت- ذهب الحنابلة[١]، إلى أن الكفيل يرجع على الأصيل بأقل الأمـــرين مما قضى، أو قَدْرَ الدَّين؛ لأنه إن كان الأقل هو الدين، فالزائد لم يكـــن واجباً، فهو متبرع به.

٤- لو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل؛ لأن الهبة في معنى أداء المال، وكذلك لو أبرأ الدائن الكفيل لا يرجع على الأصيل؛ لأن الإبراء إسقاط وهو بالنسبة للكفيل إسقاط حق المطالبة لا غير[٢].

٥- في حال تأجيل الدائن دينه في حق الأصيل صار مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل أيضاً، والتأجيل على الكفيل الأول تأجيل على الكفيل الثاني أيـــضاً، وأمَّـــا تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الأصيل[٣].

المبحث الثالث: التوكيل في الكفالة بالمال.

قبل الشروع في بيان أحكام تصرفات الوكيل بالكفالة، أبين معنى الوكالة لغة واصطلاحا، وحكم التوكيل في الكفالة.

الوكالة لغةً: مشتق من وُكِّلَ الأمر إليه؛ إذا اعتمد عليه وألجأه إليه، وتوكـــل بالأمر إذا ضمن القيام به[٤].

الوكالة اصطلاحاً: إذنٌ في تصرف يملكه الآذن فيما تَدْخُلُه النيابة[٥].

١- الإنصاف، المرداوي(٥/٢٠٤-٢٠٥).

٢- المبسوط، السرخـــسي(٢٠/٤٩)؛ درر الحكـــام، علـــي حيـــدر(١/٧٢٧)؛ الفتـــاوى الفقهيـــة الكبـــرى، الهيتمي(٣/٦٩).

٣- شرح المجلة، سليم رستم باز(ص٣٥٩).

٤- لسان العرب، ابن منظور(١٥/٣٨٧).

٥- الإنصاف، المرداوي(٥/٣٥٣).

حكم التوكيل في الكفالة:

اتفق الفقهاء[١] على جواز التوكيل في الكفالة، واستدلوا بالقياس والمعقول كما يلي[٢]:

١- قاسوا جواز التوكيل في الكفالة على جواز التوكيل في الشراء.

٢- لأن الحاجة داعية إلى التوكيل في مثل هذه العقود، فقد لا يحسن المرء التصرف أحياناً، فأباحها الشارع دفعاً للحاجة.

ومن المسائل على تصرف الوكيل في الكفالة بالمال، مسألة توكيل المكفول له الكفيل بقبض ما على المكفول عنه.

صورة المسألة: إذا كان لرجل دين على آخر، وكفل به رجل، فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدَّين من المدعى عليه الأصلي.

اختلف الفقهاء في صحة هذه الوكالة على رأيين:

الرأي الأول: يصح توكيل المكفول له الكفيل بقبض ما على المكفول عنه ويبرئ الكفيل بذلك؛ وهذا رأي المالكية[٣]، الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

الرأي الثاني: لا يصح توكيل المكفول له الكفيل بقبض ما على المكفول عنه ويكون التوكيل باطلاً؛ وهذا مذهب الحنفية[٦].

---

١ – المبسوط، السرخسي(٢٠/٢٠)؛ مواهب الجليل، الحطاب(١٠٧/٥)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٩/٦)؛ تحفة المنهاج، الهيتمي(٣٠٥/٥)؛ دقائق أولي النهى، البهوتي(١٨٧/٢).

٢ – تحفة المحتاج، الهيتمي(٢٧٧/٥)؛ أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، الدكتور سلطان بن ابراهيم الهاشمي،(ص٥١٣)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث.

٣ – مواهب الجليل، الحطاب(١٠٧/٥)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٩/٦).

٤ – تحفة المنهاج، الهيتمي(٣٠٥/٥).

٥ – المغني، ابن قدامة(٧٠/٥)؛ دقائق أولي النهى، البهوتي(١٨٧/٢).

٦ – البحر الرائق، ابن نجيم(٢٥٤/٦).

أدلة كل فريق:

أولاً: أدلة الرأي الأول والقائلون بصحة توكيل المكفول له الكفيل بقبض ما على المكفول عنه.

استدل أصحاب هذا الرأي بالمعقول من عدة وجوه[1]:

١- أن المكفول له قد وَكَّلَ الكفيل في إسقاط حق عن نفسه، فأشبه بذلك توكيل العبد في إعتاق نفسه، والمرأة في طلاق نفسها.

٢- توكيل المكفول له الكفيل كتوكيله في إبراء نفسه، ويصح للوكيل إبراء نفسه بناءً على أنه لا يُشترط القبول في الإبراء، فيبرأ الوكيل بقبض المال من المكفول عنه؛ لأنه فرع عليه، فإذا أُبرئ الأصل برأ الفرع.

٣- أن الكفيل(الوكيل) يَبْرأ بقبض الحق من المكفول عنه؛ لأن الكفالة وثيقة بحق، فانحلت بقبض الحق كالرهن ينحل إذا أَبْرأ المرتهن الراهن[2].

ثانياً: أدلة الرأي الثاني والقائلون بعدم صحة توكيل المكفول له الكفيل بقبض ما على المكفول عنه.

استدلوا من المعقول بعدة وجوه[3]:

١- الوكيل من يعمل لغيره، والكفيل عامل لنفسه في إبراء ذمته، ولو أجزنا هذه الوكالة صار الكفيل(الوكيل) عاملاً لنفسه ساعياً في إبراء ذمته، فإذا انعدم الركن(وهو العمل للغير) بطل التوكيل.

٢- أن الوكالة تستلزم قَبُول قول الوكيل، لكونه أميناً، والأمين يُقبل قوله على من ائتمنه، ولو أجزنا هذه الوكالة وجب ألا يُقبل قوله، لكونه متهماً بإبراء نفسه عما لزم بحكم كفالته، فإذا انتفى اللازم- وهو قَبول قوله- انتفى الملزوم - وهو التوكيل-.

---

[1] - المغني، ابن قدامة(٥/٧٠)؛ أحكام تصرفات الوكيل، الهاشمي(ص٥١٦).

[2] - المغني، ابن قدامة(٤/٣٦١).

[3] - فتح القدير، ابن الهمام(٨/١٢٣)؛ العناية شرح الهداية، البابرتي(٨/١٢٣).

الترجيح:

بعد النظر في أدلة الفريقين يتبين أن القول الراجح هو الأول القائل بصحة توكيل المكفول له الكفيل بقبض ما على المكفول عنه للأسباب التالية:

١- قوة أدلتهم من جهة.

٢- التماشي مع روح الشريعة في التيسير على الناس ومراعاة حاجاتهم، ودفعاً للحرج والمشقة عنهم.

٣- وبمناقشة أدلة الرأي الثاني؛ حيث إنهم أجازوا توكيل الدائن للمدين بإبراء نفسه، وبهذا التصرف يكون الكفيل (الوكيل) عاملاً لنفسه ساعياً في إبراء ذمته، ثم إنه وإن كان عاملاً لنفسه في إبراء ذمته عما لزم بحكم كفالتـــه، فهو عامل لرب الدين (المكفول له) في تحصيل دينه من المكفول عنه، ثم إن شرط الوكالة في كون الوكيل عاملاً لغيره، لا يستلزم منه أن لا يكون عاملاً لنفسه.

المبحث الرابع: انتهاء الكفالة بالمال.

تنتهي الكفالة بالمال بأحد الأسباب والطرق التالية[١]:

١- أداء المال إلى الدائن أو ما هو في معنى الأداء؛ سواءٌ أكـــان الأداء مـــن الكفيل أم من الأصيل. وكذلك تنزل الهبة منزلة الأداء فإذا وهب الـــدائن المال إلى الكفيل أو إلى الأصيل.

٢- الإبراء وما هو في معناه، إذا أبرأ الدائن الكفيل أو الأصيل انتهت الكفالة، غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل؛ لأنَّ الدين على الأصيل لا على الكفيل، فكان إبراء الأصيل إسقاطاً للدين عـــن

١ - بدائع الصنائع، الكاساني(١٢/٦)؛ البحر الرائق، ابن نجيم(٢٤٨/٦)؛ حاشـــية الدســـوقي(٣٤١/٣)؛ بلغـــة السالك، الصاوي(٤٤١/٣)؛ مواهب الجليل، الحطاب(١١٠/٥)؛ شرح مختصر خليل، الخرشي(٢٧/٦)؛ مغني المحتاج، الشربيني(٢١٨/٣)؛ المغني، ابن قدامة(٣٥٢/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٦/٣)؛ نظرية الضمان، الموسى(٤٩٣/٢)؛ الكفالة وتطبيقاتها النعاصرة، السالوس(ص(١٢١).

ذمته، فيسقط حق المطالبة للكفيل بالضرورة؛ لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع.

٣- الحَوَالة؛ حيث إن الكفالة تنتهي إذا أحال الكفيل أو المدين الدائن على رجل وقبل المحال، فتنتهي الكفالة؛ لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً، وخالف في ذلك زفر من الحنفية[١].

٤- تنتهي الكفالة كذلك بالصلح؛ وذلك فيما إذا صالح الكفيل الدائن عن الدين ببعضه، وبذلك يبرأ الأصيل من مطالبة الدائن له ويرجع الكفيل على الأصيل بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به.

٥- إذا انفسخ الدين المكفول به أو فسدت الكفالة، فإن الكفالة تنقضي. على اختلاف فيما يعتبر مفسدا للكفالة من الشروط وما يعتبر فاسخا للدين المكفول به.فإذا انفسخ الدين المكفول به أو سقط، فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لذمة الأصيل وتنقضي الكفالة؛ لأن الضمان وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة.

٦- ومن طرق انتهاء الكفالة كذلك هلاك المال المعيَّن للكفالة، أو هلاك العين المكفولة إذا كان الهلاك بغير فعل آدمي، أما إن كان الهلاك بفعل الآدمي فإن الضمان لا ينقضي ويجب على المتلف بدله.

٧- المقاصَّة؛ وذلك فيما إذا تقاص أحد أطراف الكفالة بدين له على الآخر وذلك إذا كان للمدين دين على الكفيل وأدى الكفيل، فإنه لا يرجع على المدين؛ لأن الدينين يتقاصان، أو كان للكفيل على الدائن مثل الدين الذي تكفل به فيتقاصان.

المبحث الخامس: هل تصح الكفالة بالمال في الحدود والقصاص؟.

ذكرت فيما سبق أنَّ من شروط المكفول به أن يكون مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فهل تجوز الكفالة بالحدود والقصاص أم لا؟.

---

١ - بدائع الصنائع، الكاساني(١٢/٦).

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: ذهب كل من الحنفية في حال الإجبار على الكفالة [١]، والمالكية[٢]، والحنابلة[٣]، إلى عدم صحة الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل.

الرأي الثاني: فصَّل الشافعية القول في ذلك على النحو الآتي[٤]:

٣-صحة الكفالة فيما كان حقاً لله مالياً كالزكاة، أو كانت حقاً لآدمي خالصاً؛ مالاً أو عقوبة.

٤-عدم صحة الكفالة فيما كان عقوبة لله كحد خمر، وغيره مما أُمرنا بستره وإسقاطه ما أمكن.

الرأي الثالث: ذهب الحنفية إلى جواز الكفالة في الحدود والقصاص المتعلقة بحق العبد في حال الطواعية والاختيار؛ فإن سمحت نفس المدعى عليه وتبرع بإعطاء الكفالة في حال القصاص؛ والحد الذي فيه حق العبد وهو حد القذف وحد السرقة، جازت الكفالة بالنفس؛ لأنها كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين[٥].

الترجيح:

يظهر من خلال النظر في أدلة الفريقين أن القول بالتفريق بين حقوق الله وحقوق الآدميين أولى، فلا تصح فيما كان حقاً خالصاً لله وتصح في حقوق الآدميين لما يلي:

١- ضعف أدلة الرأي الأول من جهة.

---

[١] - تبيين الحقائق، الزيلعي(١٥٨/٤)، العناية شرح الهداية، البابرتي(١٧٧/٧).

[٢] - التاج والإكليل، العبدري(٣٤/٧).

[٣] - الإنصاف، المرداوي(٢١٠/٥)، الفروع، ابن مفلح المقدسي،(٢٤٧/٤).

[٤] - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٥٩/٥).

[٥]- فتح القدير، ابن الهمام(١٧٨/٧)؛ تبيين الحقائق، الزيلعي(١٥١/٤-١٥٢).

٢- للتفريق بين حقوق الله وحقوق الآدميين، فحقوق الله مبنيـــة علـــى الـــدرء والستر، والكفالة وثيقة فلا تناسب الدرء[١].

---

[١] - وفي الفصل التالي- الكفالة بالنفس- سأبين هل تجوز الكفالة ببدن من عليه حد، وبتوضيح أفضل-بـــإذن الله-.

* الفصل الثاني: الكفالة بالنفس ويحتوي على خمسة مباحث:

المبحث الأول: أقوال العلماء في الكفالة بالنفس.

المبحث الثاني: أحكام الكفالة بالنفس وآثارها.

المبحث الثالث: التوكيل في الكفالة بالنفس.

المبحث الرابع: انتهاء الكفالة بالنفس.

المبحث الخامس: هل تصح الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص؟.

المبحث الأول: أقوال العلماء في الكفالة بالنفس.

قبل الشروع في بيان أقوال العلماء في الكفالة بالنفس، من المناسب بيان تعريف الكفالة بالنفس، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فإذا تُصورت الكفالة بالنفس، تُصور الحكم عليها بجواز أو منع، وقد ذكر الفقهاء[1]، على اختلاف مذاهبهم تعريفات عدة للكفالة بالنفس يمكن استنباط تعريف جامع مانع منها كما يلي:

تعريف الكفالة بالنفس: التزامُ كفيلٍ بإحضار مكفول عنه لوجوب حق عليه.

اختلف الفقهاء في حكم الكفالة بالنفس على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والحنابلة[4]، وهو المذهب عند الشافعية[5]، إلى جواز الكفالة بالنفس.

القول الثاني: ذهب الظاهرية[6]، وبعض الشافعية[7]، إلى عدم جواز الكفالة بالنفس.

أدلة الفريقين:

أدلة الفريق الأول: استدل القائلون بجواز الكفالة بالنفس بالأدلة التالية:

١- قول الله-ﷻ-:﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ۖ فَلَمَّآ ءَاتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ ٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴿٦٦﴾ ﴾[8].

---

[1] – عرَّف الحنفية الكفالة بالنفس بأنها: ضمان إحضار المكفول به، العناية شرح الهداية، البابرتي(١٦٤/٧)؛ وعرفها المالكية بأنها التزام الإتيان بالغريم عند حلول الأجل، حاشية الدسوقي(٣٤٤/٣)؛ وقال الشافعية هي التزام إحضار المكفول أو جزء شائع منه، تحفة المحتاج، الهيتمي(٢٥٧/٥)؛ وعرفها الحنابلة بأنها التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي إلى مكفول له، مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣١٣/٣).

[2] – المبسوط، السرخسي(١٧٠/١٩).

[3] – التاج والإكليل، العبدري(المواق)(٥٧/٧).

[4] – كشاف القناع، البهوتي(٣٧٦/٣).

[5] – تحفة المحتاج، الرملي(٢٥٧/٥).

[6] – المحلى، ابن حزم(٤٠٧/٦).

[7] – الغرر البهية، الأنصاري(١٥٦/٣).

[8] – سورة يوسف، آية(٦٦).

وجه الدلالة: أن يعقوب-عليه السلام- أخذ على بنيه العهود والمواثيق على أن يضمنوا الإتيان بابنه إلا أن يُغلبوا على ذلك، وكفالتهم هذه من كفالة النفس، حيث التزموا إحضاره معهم والإتيان به، وهذا بناء على أن شريعة من قبلنا شرع لنا، إذا لم يرد في شرعنا ما ينسخه أو يخالفه[١].

٢- قول الله-تعالى- ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلۡعَزِيزُ إِنَّ لَهُۥٓ أَبًا شَيۡخًا كَبِيرًا فَخُذۡ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓۖ إِنَّا نَرَىٰكَ مِنَ ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴿٧٨﴾ ﴾[٢].

وجه الدلالة : أن إخوة يوسف-عليه السلام- قد طلبوا من يوسف أخذ أحدهم مكان أخيهم حتى يذهب إلى والده ويعرف جلية الأمر، ثم يعود إليه بعد ذلك، وهذا من كفالة النفس، وهو مبني على أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا خلافه ، حيث ذكر الله-تعالى- ذلك ولم يُنكر عليهم[٣].

٣- قول الرسول-ﷺ-:" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"[٤]، وهذا عام يشمل كفالة النفس؛ لأنها أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغُرم كالكفالة بالمال[٥].

٤- قَالَ جَرِيرٌ وَالْأَشْعَثُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ فِي الْمُرْتَدِّينَ:" اسْتَتِبْهُمْ وَكَفِّلْهُمْ فَتَابُوا وَكَفَلَهُمْ عَشَائِرُهُمْ"[٦].

فهذا يدل على أن الكفالة كانت سائغة عند الصحابة-رضي الله عنهم- ، إذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة.

٥- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ -رضي الله عنه- عَنْ رَسُولِ اللَّهِ -ﷺ- أَنَّهُ ذَكَرَ رَجُلًا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ سَأَلَ بَعْضَ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنْ يُسْلِفَهُ أَلْفَ دِينَارٍ فَقَالَ: ائْتِنِي بِالشُّهَدَاءِ أُشْهِدُهُمْ فَقَالَ: كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا. قَالَ: فَأْتِنِي بِالْكَفِيلِ قَالَ: كَفَى بِاللَّهِ كَفِيلًا. قَالَ: صَدَقْتَ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ

---

١ - حاشية العطار على شرح جلال الدين المحلي، حسن بن محمد بن محمود العطار(٣٩٣/٢)، دار الكتب العلمية؛ شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء الفتوحي(ص٥٩٢)، مطبعة السنة المحمدية.

٢ - سورة يوسف، آية(٧٨).

٣ - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي(٢٠٤/٩).

٤ - سبق تخريجه، ص(٨٢).

٥ - نظرية الضمان الشخصي، الموسى(١٩١/١)، الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي(١٤٤/٥).

٦ - صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون والأبدان وغيرها،ح(٢٢٩٠). وهذا في قصة المرتدين الذين أقروا بنبوة مسيلمة الكذاب،

إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَخَرَجَ فِي الْبَحْرِ فَقَضَى حَاجَتَهُ ثُمَّ الْتَمَسَ مَرْكَبًا يَرْكَبُهَا يَقْدَمُ عَلَيْهِ لِلْأَجَلِ الَّذِي أَجَّلَهُ فَلَمْ يَجِدْ مَرْكَبًا فَأَخَذَ خَشَبَةً فَنَقَرَهَا فَأَدْخَلَ فِيهَا أَلْفَ دِينَارٍ وَصَحِيفَةً مِنْهُ إِلَى صَاحِبِهِ ثُمَّ زَجَّجَ مَوْضِعَهَا ثُمَّ أَتَى بِهَا إِلَى الْبَحْرِ فَقَالَ: اللَّهُمَّ إِنَّكَ تَعْلَمُ أَنِّي كُنْتُ تَسَلَّفْتُ فُلَانًا أَلْفَ دِينَارٍ فَسَأَلَنِي كَفِيلًا فَقُلْتُ كَفَى بِاللَّهِ كَفِيلًا فَرَضِيَ بِكَ وَسَأَلَنِي شَهِيدًا فَقُلْتُ كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا فَرَضِيَ بِكَ وَأَنِّي جَهَدْتُ أَنْ أَجِدَ مَرْكَبًا أَبْعَثُ إِلَيْهِ الَّذِي لَهُ فَلَمْ أَقْدِرْ وَإِنِّي أَسْتَوْدِعُكَهَا فَرَمَى بِهَا فِي الْبَحْرِ حَتَّى وَلَجَتْ فِيهِ ثُمَّ انْصَرَفَ وَهُوَ فِي ذَلِكَ يَلْتَمِسُ مَرْكَبًا يَخْرُجُ إِلَى بَلَدِهِ فَخَرَجَ الرَّجُلُ الَّذِي كَانَ أَسْلَفَهُ يَنْظُرُ لَعَلَّ مَرْكَبًا قَدْ جَاءَ بِمَالِهِ فَإِذَا بِالْخَشَبَةِ الَّتِي فِيهَا الْمَالُ فَأَخَذَهَا لِأَهْلِهِ حَطَبًا فَلَمَّا نَشَرَهَا وَجَدَ الْمَالَ وَالصَّحِيفَةَ ثُمَّ قَدِمَ الَّذِي كَانَ أَسْلَفَهُ فَأَتَى بِالْأَلْفِ دِينَارٍ. فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا زِلْتُ جَاهِدًا فِي طَلَبِ مَرْكَبٍ لِآتِيَكَ بِمَالِكَ فَمَا وَجَدْتُ مَرْكَبًا قَبْلَ الَّذِي أَتَيْتُ فِيهِ قَالَ: هَلْ كُنْتَ بَعَثْتَ إِلَيَّ بِشَيْءٍ. قَالَ: أُخْبِرُكَ أَنِّي لَمْ أَجِدْ مَرْكَبًا قَبْلَ الَّذِي جِئْتُ فِيهِ. قَالَ: فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ أَدَّى عَنْكَ الَّذِي بَعَثْتَ فِي الْخَشَبَةِ فَانْصَرِفْ بِالْأَلْفِ الدِّينَارِ رَاشِدًا"[١].

فحكايته -ﷺ- لهذا الخبر وتقريره إياه، دليل على ثبوته؛ حيث سأل أحدهما الآخر أن يأتي بكفيل، فلمّا لم يُنكر -ﷺ- هذا الطلب وهو في مقام التشريع، دلَّ على جواز الكفالة عموماً، والكفالة على ضربين؛ كفالة بالمال وكفالة بالنفس، وشرائع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا نسخه أو خلافه[٢].

٦- مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَمْزَةَ بْنِ عَمْرٍو الْأَسْلَمِيِّ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ -رضي الله عنه- بَعَثَهُ مُصَدِّقًا فَوَقَعَ رَجُلٌ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأَتِهِ فَأَخَذَ حَمْزَةُ مِنْ الرَّجُلِ كَفلاء حَتَّى قَدِمَ عَلَى عُمَرَ وَكَانَ عُمَرُ قَدْ جَلَدَهُ مِائَةَ جَلْدَةٍ فَصَدَّقَهُمْ وَعَذَرَهُ بِالْجَهَالَةِ[٣].

٧- قياس تسليم المكفول لصاحب الحق على تسليم المبيع للمشتري بجامع أن كلا منهما شيء وجب تسليمه بعقد[٤].

---

١ - سبق تخريجه ص(٨٥).

٢ - حاشية العطار(٣٩٣/٢)؛ شرح الكوكب المنير، الفتوحي(ص٥٩٢).

٣ - صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون والأبدان وغيرها،ح(٢٢٩٠).

٤ - الفقه الإسلامي وأدلته الزحيلي(١٤٤/٥)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص١٨٨).

أدلة الفريق الثاني: استدل المانعون لجواز الكفالة بالنفس- الظاهرية وبعض علماء الشافعية- بأدلة منها[1]:

١- أن الكفالة بالنفس شرط ليس في كتاب الله-ﷻ- فهو باطل.

٢- أن التزام الضامن بالوجه ما على المضمون عنه في حالة عدم إحضاره جور وأكل مال بالباطل؛ لأنه لم يتلزمه قط، وإن قيل بعدم غُرم الكفيل فقد بطل الضمان بالوجه في حالة عدم إحضاره، ثم إن تكليف الضامن بطلب المضمون عنه تكليف بما لا طاقة للكفيل به، وفيه حرج ومشقة عليه.

٣- أنَّ الكفالة بالنفس ضعيفة من جهة القياس؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يمكن تسليمه[2].

المناقشة : ناقش ابن حزم أدلة الجمهور بما يأتي[3]:

١- ناقش حديث ابن مسعود في استشارة الصحابة وتكفيلهم عشائرهم، بأن الخبر قد روي من عدة طرق، ولم يذكر أحد منهم في روايته أن ابن مسعود كفل بهم، ولا ذكر أحد منهم كفالة إلا إسرائيل وحده، وهو ضعيف، ولو كان ثقة ما ضر روايته من خالفها من الثقات، ولكنه ضعيف.

٢- واعتراض ابن حزم على الاستدلال بخبر حمزة بن عمرو الأسلمي بأنه من رواية عبد الرحمن بن أبي الزِّناد، وهو ضعيف.

ويُرد على هذه الاعتراضات: بأن البخاري قد روى هذه الآثار وصحَّحها.

الترجيح:

بالنظر في أدلة الفريقين يتبين أنَّ الراجح -والله أعلم- هو قول المجيزين للكفالة بالنفس؛ لما يلي:

١- قوة أدلتهم من جهة.

١- المحلى، ابن حزم (٤٠٧/٦-٤٠٨).

٢- نهاية المحتاج، الرملي (٤٤٥/٤).

٣- المحلى، ابن حزم (٤٠٧/٦-٤١١).

٢- وبالرد على أدلة المانعين بالآتي[١]:

١- أنَّ الدليل الأول للمانعين، والذي أورده ابن حزم ويستشهد به في أكثر العقود، إنما هو بناء على أن الأصل عنده في العقود المنع إلا ما أورد الشرع جـــوازه[٢]، وهذا خلاف الصواب؛ ذلك أن الأصل في العقود الإباحة والجـــواز إلا مـــا ورد الشرع بمنعه، لقول الله-ﷻ-:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[٣].

ولقول الرسول-ﷺ-:" وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَـــلَّ حَرَامًا"[٤].

٢- ويجاب عن الدليل الثاني للمانعين، وهو أن إلزام الضامن بالوجه بدفع ما على المضمون عنه جور وأكل مالٍ بالباطل. بأنه ليس جوراً؛ لأن الضامن قـــد التـــزم الضمان وأقدم عليه برغبته ورضاه، وأنه على استعداد لقضاء دين الأصيل عنـــد تعذُّر حضوره.

وأما قوله إن تكليف الضامن بطلب المضمون عنه تكليف بما لا يُطاق، يـــرد عليه بأن هذا خلاف الصواب؛ لأن الضامن قد التزم ذلك برغبتـــه ثـــم إن عليـــه البحث عن المضمون عنه في الأماكن التي يُرجى وجوده فيها وإحـــضاره، فـــإن امتنع فبإمكانه الاستعانة بالحاكم، وهذا في طاقة الضامن وقدرته.

٣- وبالنسبة للشافعية فيجاب عليهم، بأن المراد إنما هي أي الكفالة بالنفس ضعيفة من جهة القياس، وقد نص الشافعي على صحتها في مواضع عدة، يؤكد ذلك مـــا جاء في نهاية المحتاج:" وأصله قول إمامنا رضي الله عنه أنها ضعيفة من جهـــة القياس؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد، والمذهب منه صحة كفالة البدن"[٥].

---

١ - نظرية الضمان، الموسى(١/١٩٣-١٩٤).

٢ - المحلى، ابن حزم(٧/٣٤).

٣ - سورة المائدة، آية(١).

٤ - رواه الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله، بـــاب مـــا ذكـــر عـــن رســـول الله فـــي الـــصلح بـــين الناس(ح١٢٧٢)، وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح. وقال الألباني: صحيح لغيره. إرواء الغليل(٥/١٤٤).

٥ - نهاية المحتاج، الرملي(٤/٤٤٥).

٤- ويجاب على قولهم أنَّ الحُرَّ لا يدخل تحت اليد ولا يمكن تسليمه، بأن المكفول بنفسه ينقاد لكفيله عادة، وإذا قُدِّر أنَّ المضمون امتنع فيستعان بالحاكم لإحضاره، ولا يكون ذلك مانعاً للقول بجواز كفالة النفس.

المبحث الثاني: أحكام الكفالة بالنفس وآثارها.

تتفق الكفالة بالنفس مع الكفالة بالمال بأحكام عامة للكفالة، وقد سبق بيان كثير من الأحكام في مبحث الكفالة بالمال، أما في هذا المبحث فسأذكر جملة من الأحكام الخاصة بالكفالة بالنفس كما يلي:

أحكام الكفالة بالنفس:

ذكر صاحب شرح المجلة-سليم رستم باز- جملة من أحكام الكفالة بالنفس كما يلي[1]:

١- حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن إحضار المكفول به ففي أي وقت شرط تسليمه فعلى الكفيل إحضاره في ذلك الوقت حالاً بعد طلب المكفول له فإن أحضره فبها، وإلا يُجبر على إحضاره.
٢- أما لوغاب المكفول عنه وكانت غيبته ثابتة بعلم القاضي أو بالبينة فيمهل الكفيل مدة ذهابه وإيابه فيما لو أراد السفر إليه، فإن أبى حبسه القاضي للحال بلا إمهال، إلا إذا كان في الطريق عذر بأن كان مخوفاً وما شاكل ذلك.

ولو غاب المكفول عنه ولم يعلم مكانه فلا يطالب الكفيل بإحضاره إن ثبت ذلك بتصديق الخصم أو ببينه أقامها الكفيل ، وإن اختلفا ولا بينه فإن كان له سفرة معروفة للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه ، وإلا فالقول للكفيل أنه لا يدري موضعه، ولو بَرْهَنَا فبيِّنةُ الطالب أولى؛ لأن معها زيادة علم، وفي حال ذهاب الكفيل إليه، فللطالب أن يَستَوْثِقَ من الكفيل لئلا يغيب الآخر.

[1] - شرح المجلة، سليم رستم باز(ص(٣٥٢-٣٥٧).

٣- إن اختلف الكفيل والمكفول له في الموافاة وعدمها فالقول للمكفول له؛ لأنه منكرها ولا يصدق الكفيل إلا ببينة، فإن عجز عن الإثبات وحلف المكفول له فالمال لازم على الكفيل.
٤- في حال إحضار الكفيل المكفول به، واختفاء المكفول له في حينه أو تَغيُّبه، راجع الكفيل الحاكم لينصب له وكيلا بتسليمه عنه.

ومن الأحكام الخاصة بالكفالة بالنفس كذلك؛ أنه هل يترتب على الكفيل شيء في حال عدم إحضار المكفول بنفسه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين على النحو الآتي:

١-ذهب المالكية[١]، والحنابلة[٢]، إلى أن الكفيل بالنفس يضمن ما على المكفول من حق إذا لم يحضره أو امتنع عن إحضاره.

٢-ذهب الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، إلى أن الكفيل بالنفس يُحبس إذا لم يُحضر المكفول بنفسه حتى يتبين للقاضي عجزه عن إحضاره، ولا يضمن شيئا مما على المكفول إذا تعذر الاستيفاء منه.

أدلة الفريقين:

أولاً: استدل الفريق الأول والقائلون بتضمين الكفيل بالآتي:

١- قول الرسول-ﷺ-:" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"[٥]، فكلمة الزعيم-الكفيل- شاملة لكفيل المال وكفيل النفس، كما أنه وُصف بأنه غارم، وغُرم الكفيل إلزامه بدفع ما يجب على المكفول عنه إذا لم يحضره[٦].

١- بلغة السالك، الصاوي(٣/٣٥١)؛ إرشاد المسترشد في تهذيب مذاهب أئمة الهدى في الفقه وأدلته، محمد أولي بن المنذر الأنصاري،(٣/٧٦)، مكتبة العبيكان.
٢- كشاف القناع، البهوتي(٣/٣٨٠).
٣- العناية شرح الهداية، البابرتي(٧/١٦٨)؛ البحر الرائق، ابن نجيم(٦/٢٢٧).
٤- تحفة المنهاج، الهيتمي(٥/٢٦٣)؛ مغني المحتاج، الشربيني(٣/٢١٠).
٥- سبق تخريجه، ص(٨٢).
٦- نظرية الضمان، الموسى(١/٢٠٣).

٢- أن الكفالة بالنفس أحدُ نوعي الكفالة، فوجب بها الغُرم كالكفالة بالمال قياساً عليها[١].

ثانياً:استدل الفريق الثاني والقائلون بعدم التضمين للكفيل بالآتي[٢]:

١- أن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه، ولم يلتزم ما عليه، وإلزامه بالغرم إلزام له بما لم يلتزمه وذلك لا يجوز.

٢- أن الكفيل في هذه الحالة بمنزلة المفلس فيجب إنظاره.

وأُجيب عن حديث:" الزعيم غارم"، بأن الغُرم يعني ما يلزم أداؤه، والغُرم في كفالة النفس هو إحضار المكفول بنفسه، وفي كفالة المال أداء المال الذي على المكفول عنه؛ لأن الغرم في كل منهما بحسبه[٣].

الترجيح:

يمكن اتخاذ قول وسط بين الفريقين وهو أنه في حال تفريط الكفيل أو تساهله في إحضار المكفول بنفسه حتى ضاع حق المكفول له، فإن الكفيل يُلزم بالضمان، فيُطالب بما ضَمِنَ؛ لأنه لو لم يُلزم الكفيل في تلك الحالة لضاعت حقوق الناس، ولذهب هدف الكفالة في حفظ الحقوق، وأما إذا لم يُفرِّط الكفيل أو يَتَساهل بل بذل كل ما في وسعه وعَجَزَ عن إحضاره، فإنه لا يَلْزَمهُ شيء مما على المكفول؛ لأنه التزم الإحضار وعَجز عنه بعد بذل كل الأسباب.

المبحث الثالث: التوكيل في الكفالة بالنفس.

سبق في الفصل السابق بيان جواز التوكيل في الكفالة، وكما يجوز تصرف الوكيل في الكفالة بالمال، يجوز له كذلك تصرفه بالكفالة بالنفس.

ذكر الفقهاء صوراً لتصرف الوكيل في الكفالة بالنفس منها:

١- إذا كفل المُوكَلُ رجلاً بنفسه، كأن يقول: كفلت بنفسي فلاناً أو بوجهه، أو ببدنه، فإن المُوكَلُ يطالب بتسليم المكفول به في الوقت الذي يحدده المكفول له، أو

---

١ - الفقه الإسلامي وأدلته الزحيلي(١٤٤/٥)؛ التوثيق بالكتابة والعقود، الترتوري(ص١٨٨).

٢ - بدائع الصنائع، الكاساني(١٠/٦)؛ حاشية البجيرمي على المنهج(٣٣/٣-٣٤).

٣ - نظرية الضمان، الموسى(٢٠٣/١).

الوقت الذي يحدده القاضي؛ لأنه يجب عليه الوفاء بما التزمه، كالدَّين المؤجل إذا طالبه صاحبه بعد حلول الأجل[1].

هل يملك المُوَكِلْ توكيل وكيله بتسليم المكفول به للمكفول له؟:

يرى الحنفية[2]، والشافعية[3]، أن وكيل الكفيل يملك تسليم المكفول به إلى المكفول له، ويبرئُ المُوَكِلْ بتسليم وكيله المكفولَ به للمكفول له؛ لأن الوكيل في هذه الحالة يقوم مقام مُوكِّله ويكون فعله كفعله.
٢- ومن الصور كذلك قول فقهاء الحنابلة[4]، من أن السجَّان يعتبر وكيلاً على بدن الغريم، كالكفيل بالوجه، يلزمه إحضار الخصم عند طلبه، فإن هرب السجين فعليه إحضاره، أو يرغم ما عليه إن كان بتفريطه، وإلا فلا.

المبحث الرابع: انتهاء الكفالة بالنفس.

تنتهي الكفالة بأمور تشترك فيها الكفالة بالمال والكفالة بالنفس كالإبراء وغيره مما تم ذكره في الفصل السابق من هذا الباب، ولكن الكفالة بالنفس تتميز بأحكام خاصة تنتهي بها.

اتفق الفقهاء[5] على أن الكفالة بالنفس تنقضي بتسليم الكفيل المكفولَ إلى الدائن في مكان يُقدر فيه على إحضار المكفول مجلس القاضي ولا حائل يمنع من استيفاء الحق وقَبِلَ الدائن ذلك.

---

[1] – البحر الرائق، ابن نجيم(٢٣١/٦).

[2] – المبسوط، السرخسي(١٨٣/١٩)؛ العناية شرح الهداية، البابرتي(١٧٢/٧)؛ البحر الرائق، ابن نجيم(٢٣١/٦).

[3] – نهاية المحتاج، الرملي(٤٤٩/٤).

[4] – كشاف القناع، البهوتي(٣٨٠/٣)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣٢١/٣).

[5] – تبيين الحقائق، الزيلعي(١٥٠/٤)؛ بلغة السالك، الصاوي(٤٤٩/٣-٤٥٠)؛ تحفة المحتاج، الهيتمي(٢٦٢/٥)؛ الإنصاف، المرداوي(٢١٤/٥).

اختلف الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بانتهاء الكفالة بالنفس كما يلي:

١- في حال امتناع الدائن من استلام المكفول به بدون عذر عند تسليمه من قِبَلِ الكفيل على النحو الآتي:

١- ذهب الحنابلة[١]، إلى أن الدائن لو امتنع من استلام المكفول عند تسليمه من قبل الكفيل بدون عذر، فإن الكفيل يبرأ من الكفالة؛ لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه أن يسلمه على وجه لا ضرر على الدائن في قبضه.

٢- ذهب الشافعية[٢]، وبعض الحنابلة[٣]، أنه إذا امتنع المكفول له من تَسَلُّم المكفول فعلى الكفيل أن يُسلِّمه إلى الحاكم، فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله.

ولعل في القول بالإشهاد مخرجاً طيباً من هذا المأزق؛ لأن عدم الإشهاد قد يُضيع حقه ويؤدي إلى المنازعة والشقاق.

٢- إذا سلَّم المكفول نفسه إلى الدائن دون إذن الكفيل هل تنتهي الكفالة أم لا؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

١-ذهب الحنابلة[٤]، إلى أن الكفالة بالنفس تنقضي فيما لو سلم المكفول بالنفس نفسه إلى المكفول له، وليس هناك مانع يحول بين المكفول به وبين تحقيق طلبه من استلامه سواء كان التسليم بأمر الكفيل أم لم يكن. وسواء أشار إلى أن التسليم من جهة الكفيل أم لم يُشر.

٢-ذهب المالكية[٥]، إلى أنه لا بد أن يكون تسليم المكفول بالنفس لنفسه للمكفول له بأمر الكفيل، وإلا لم يبرأ الكفيل من الكفالة.

---

١ - الإنصاف، المرداوي(٥/٢١٤).

٢ - أسنى المطالب، الأنصاري(٢/٢٤٣).

٣ - الإنصاف، المرداوي(٥/٢١٤).

٤ - الفروع، ابن مفلح المقدسي(٤/٢٥١).

٥ - شرح مختصر خليل، الخرشي(٦/٣٤).

٣-ذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، إلى أنه لا بد لكي يبرأ الكفيل من الكفالة أن يقول المكفول بنفسه: سلمت نفسي إليك عن كفالة فلان، فإذا قال ذلك برئ الكفيل سواء كان بأمره أم لم يكن بأمره.

الترجيح:

يتبين – والله أعلم- أن القول الأول القائل بأن الكفالة بالنفس تنقضي فيما لو سلَّم المكفول بالنفس نفسه إلى المكفول دون حائل أولى بالصواب؛ لأن المقصد من الكفالة ردُّ الحقوق وضمانها لأصحابها، فإذا قام المكفول بنفسه بتسليم نفسه إلى المكفول له، سواء كان بأمر الكفيل أم بغير أمره، وسواءً قال المكفول بنفسه سلمت نفسي عن الكفيل أم لم يَقُل، تحقق هدف الكفالة؛ لأن الكفيل إنما التزم إحضاره وقد حضر وسلم نفسه، وليس هناك ما يمنع عن ذلك.

٣- إذا سلم شخص أجنبي المكفول بنفسه إلى المكفول له، وكان الكفيل قد أمره بذلك فإن التسليم صحيح، ويلزم المكفول له القبول مالم يكن هناك مانع؛ لأن الأجنبي في هذه الحالة وكيل عن الكفيل، وقد سبق بيان صحة التوكيل في الكفالة.

أما إذا كان التسليم دون أمر الكفيل فقد اختلف الفقهاء في ذلك كما يلي:

١- ذهب المالكية[٣]، إلى أن الكفيل لا يبرأ بهذا التسليم سواء أَقَبِلَ المكفول له ذلك أم لم يقبله.

٢- ذهب الحنفية[٤]، والشافعية[٥]، إلى أنه إذا قَبِلَ المكفول له التسليم من الأجنبي، فإن الكفيل يبرأ وتنتهي الكفالة، وإذا لم يقبل فلا يبرأ بذلك.

---

١ – فتح القدير، الكمال ابن الهمام(١٧٢/٧).

٢ – الغرر البهية، الأنصاري(١٥٨/٣).

٣ – حاشية الدسوقي(٣٤٥/٣).

٤ – البحر الرائق، ابن نجيم(٢٣١/٦).

٥ – حاشية الجمل، العجيلي(٣٨٥/٣).

ولعل قول الحنفية والشافعية أولى باشتراط قبول المكفول له؛ لأنــه صــاحب الحق فإن قبل صح وانتهت الكفالة وإلا فلا؛ ولأن الكفالة عقد تبرع، فــإذا تبــرع شخص وقام بتسليم المكفول للدائن أصبح وكيلا عن الكفيل وبرئ الكفيل بذلك.

٤- إذا اشترط المكفول له تسليم المكفول بنفسه في مكان معين، فهل يبرأ الكفيــل بتسليمه في غيره؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:-

١- ذهب الشافعي[١]، وجمهور الحنابلة[٢]، وصاحبا أبي حنيفــة[٣]، إلــى أن الكفيل لا يبرأ إلا بإحضاره في المكان المعين؛ وذلك أنه سلمه في غيــر المكان الذي اتفق على تسليمه، فيكون فيه مخالفة للشرط.
٢- ذهب أبو حنيفة[٤]، إلى أنه إذا سلمه في مكان من البلد فإن الكفيل يبــرأ من الكفالة؛ لأن المقصود من الكفالة بتسليمه هو المحاكمة لدى الحــاكم، وهذا يحصل بأي مكان من البلد؛ لأنه يستطيع إحضاره إلى القاضي.
٣- ذهب المالكية[٥]، وبعض الحنابلة[٦]، إلى أنه يبرأ إن سلَّمه في أي مكان فيه حاكم؛ لأنه بذلك لا يستطيع المكفول بنفسه أن يمتنع من الحضور في مجلس القاضي.
٤- ذهب بعض الحنابلة[٧]، إلى أنه يتعين إحضار المكفول بنفسه في المكان المعين إذا كان في إحضاره في غيره ضرر، أما إذا لم يكن فــي ذلــك ضرر فيبرأ بإحضاره في أي مكان. فالمعول عليه ضرر المكفول له أو عدم ضرره.

---

١ - مغني المحتاج، الشربيني(٢١٠/٣).

٢ - مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣١٩/٣)؛ شرح منتهى الإرادات، البهوتي(١٣٢/٢).

٣ - المبسوط، السرخسي(١٦٦/١٩).

٤ - المبسوط، السرخسي(١٦٦/١٩)؛ العناية شرح الهداية، البابرتي(١٦٨/٧-١٦٩).

٥ - شرح مختصر خليل، الخرشي(٣٥/٦)؛ التاج والإكليل، العبدري(المواق)(٦٠/٧).

٦ - الإنصاف، المرداوي(٢١٥/٥).

٧ - الفروع، ابن مفلح المقدسي(٢٥٠/٤)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣١٩/٣)؛ شرح منتهــى الإرادات، البهوتي(١٣٢/٢).

تعددت أقوال الفقهاء في هذه المسألة والجميع يهدف إلى تحقيق مصلحة المكفول له، وحمايته بإيصال حقه إليه بدون ضرر، وأصحاب القول الرابع وضعوا قاعدة عادلة؛ وهي أن العبرة هو ضرر المكفول له، فإن كان يصيب المكفول له ضرر من ضياع حق أو شهادة وغيرها، فلا بد من التعيين في المكان المعين، وإذا لم يكن هناك ضرر قَبِلَ المكفول له التسليم في أي مكان.

٥- إذا أطلق المكفول له القول في الكفالة ولم يشترط التسليم في مكان معين، فقد اختلف الفقهاء فيما يعتبر تسليماً مبرئاً لذمة الكفيل كما يلي:

١- ذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، إلى أنه في حالة الإطلاق يتعين مكان العقد، ولا يبرأ الكفيل بتسليمه في غيره.
٢- ذهب صاحبا أبي حنيفة[٣]، إلى أنه في حالة الإطلاق يتعين بلد العقد، فيبرأ الكفيل بتسليمه في أي مكان في ذلك البلد؛ لأن المقصود من تسليمه القدرة على مخاصمته، وهذا لا يكون إلا في البلد الذي تم فيه العقد.
٣- ذهب أبو حنيفة[٤]، والمالكية[٥]، إلى أن الكفيل يبرأ بتسليمه في أي مكان يقدر فيه المكفول له على مخاصمته؛ لأن الهدف هو الوصول إلى الحق، وما دام ذلك ممكناً فلا مانع منه لحصول الفائدة.

بالنظر في أقوال الفقهاء يظهر أن الجميع يرمي إلى تحقيق مصلحة المكفول له دون ضرر، وبناءً عليه فإن قول أبي حنيفة والمالكية أولى؛ لأنه أقرب الأقوال إلى تحقيق المصلحة للطرفين دون إلحاق الضرر بمصلحة المكفول له.

---

[١] - أسنى المطالب، الأنصاري(٢/٢٤٢).
[٢] - المغني، ابن قدامة(٤/٣٥٩).
[٣] - المبسوط، السرخسي(١٩/١٦٦).
[٤] - العناية شرح الهداية، البابرتي(٧/١٦٨-١٦٩).
[٥] - التاج والإكليل، العبدري(المواق)(٧/٦٠).

٦- اختلف الفقهاء في القول بانقضاء الكفالة بالنفس بموت الكفيل على قولين كما يأتي:

القول الأول: ذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، إلى أن الكفالة تنقضي بموت الكفيل ويبرأ الكفيل من الكفالة؛ لأن الكفيل بموته أصبح غير قادر على تسليم المكفول بنفسه.

القول الثاني: ذهب المالكية[٣]، والحنابلة[٤]، إلى أن الكفالة لا تنقضي بموت الكفيل، ولا يبرأ الكفيل من الكفالة، وإذا تعذر على الكفيل إحضاره بموته لزم الكفيل دفع ما عليه من تركته.

ويمكن اتخاذ قول وسط بين الفريقين وهو أنه في حال تفريط الكفيل أو تساهله فإنه لا يبرأ بموته، ويؤخذ حق الدائن من تركته؛ لأنه لو لم يُلزم الكفيل في تلك الحالة لضاعت حقوق الناس، ولذهب هدف الكفالة في حفظ الحقوق.

وأما إذا لم يُفرِّط الكفيل أو يتساهل بل بذل كل ما في وسعه وعجز عن إحضاره، فإنه لا يلزمه شيء مما على المكفول؛ لأنه التزم الإحضار وعجز عنه بعد بذل كل الأسباب حتى جاءته منيته.

٧- اختلف الفقهاء في القول بانقضاء الكفالة بموت المكفول بنفسه " الأصيل" على ثلاثة أقوال كما يأتي:

١- ذهب الفقهاء من الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والحنابلة[٧]، وبعض الشافعية[٨]، إلى أن الكفالة تنقضي بموت المكفول بنفسه؛ لأن

---

١ - المبسوط، السرخسي(١٩/ ١٦٤).

٢ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٥/٢٧٣)؛ الغرر البهية، الأنصاري(٣/١٦٢).

٣ - شرح ميارة، الفاسي(١/١٢٦).

٤ - الإنصاف، المرداوي(٥/٢١٦).

٥ - بدائع الصنائع، الكاساني(٦/١٣).

٦ - منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد(عليش)(٦/٢٤٢)، دار الفكر.

٧ - الإنصاف، المرداوي(٥/٢١٥).

٨ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٥/٢٧٣).

الكفيل التزم إحضاره وبموته يستحيل إحضاره وبذلك يبرأ الكفيل من الكفالة.

٢- ذهب بعض الشافعية(١)، إلى أن الكفيل لا يبرأ من الكفالة بموت المكفول بنفسه، ويجب أن يغرم ما عليه؛ لأن الكفالة وثيقةُ بحق، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن؛ ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب.

٣- ذهب بعض المالكية(٢)، إلى أنه إذا كان قد حُكم على الكفيل بأداء المال الواجب على المكفول بنفسه قبل موته، فإن الكفيل لا يبرأ ويلزمه ما عليه، وإن كان المكفول بنفسه قد مات قبل الحكم على الكفيل بالأداء، فإنه يبرأ الكفيل بموت المكفول بنفسه وتنقضي الكفالة به.

يتبين من خلال ما سبق أن الكفيل يبرأ بموت المكفول بنفسه، وتنقضي الكفالة؛ لأن الكفيل التزم إحضار المكفول بنفسه، وتعذر ذلك بسبب موته؛ ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل، فبرئ الفرع؛ كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أُبرئ منه. ويختلف عن الغائب؛ لأن الحضور لا يسقط عن الغائب. ويفارق الرهن بأن الرهن عَلِقَ به المال فاستوفيَ منه، بخلاف الكفالة بالنفس؛ لأن المقصود بها الإحضار وقد تعذر ذلك بموته(٣).

المبحث الخامس: هل تصح الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص؟.

اختلف الفقهاء في القول بصحة كفالة بدن من عليه حد أو قصاص على ثلاثة أقوال:-

---

١ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٥/٢٧٣).

٢ - منح الجليل، محمد(عليش)(٦/٢٤٢).

٣ - الإنصاف، المرداوي(٥/ ٢١٥-٢١٦)؛ نظرية الضمان، الموسى(٢/٥٢٧).

١-ذهب المالكية[١]، والحنابلة[٢]، والشافعية[٣] في أحد أقوالهم، إلى أن الكفالة ببدن من عليه حد غير صحيحة سواء كان حقاً لله تعالى، كحد الزنا والسرقة، أو لآدمي كحد القذف والقصاص.

٢-ذهب الحنفية[٤]، والشافعية[٥] في أحد أقوالهم، إلى أن الكفالة بالنفس لا تصح في حدود الله -ﷻ-، وتصح إذا كانت لآدمي كحد القذف والقصاص.

٣-وفي قول للشافعية[٦]: أن الكفالة بالنفس تصح في حدود الله كحدود الآدميين؛ لأن الحد حق لازم فأشبه المال، ولأن الحضور مستحق على الجاني فتصح الكفالة بإحضاره.

أدلة كل فريق:

أولاً: أدلة القائلين بعدم صحة الكفالة ببدن من عليه حد مطلقاً[٧]:

١- ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي-ﷺ- قال:" لَا كَفَالَةَ فِيْ حَدٍ"[٨].

وجه الدلالة من الحديث : أن النبي -ﷺ- منع الكفالة في الحدود، فلم يُفرِّق بين ما كان منها حقٌ لله أو حقٌ للعبد، وهذا يدل على عدم صحة الكفالة بالحدود، وكذلك القصاص؛ لأنه بمنزلة الحد.

٢- أن الكفالة وثيقة، وحدود الله -ﷻ- لا يستوثق لها؛ لأنها تسقط بالشبهات.

---

١ - شرح مختصر خليل، الخرشي(٣٤/٦).

٢ - الإنصاف، المرداوي(٢١٠/٥)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣١٦/٣).

٣ - نهاية المحتاج، الرملي(٤٤٧/٤).

٤ - بدائع الصنائع، الكاساني(٨/٦).

٥ - نهاية المحتاج، الرملي(٤٤٥/٤).

٦ - مغني المحتاج، الشربيني(٢٠٨/٣).

٧ - أسنى المطالب، الأنصاري(٢٤١/٢)؛ المغني، ابن قدامة(٣٥٨/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٧٦/٣).

٨ - سنن البيهقي الكبرى، كتاب الضمان، باب ما جاء في الكفالة(٧٧/٦)، و قال : تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي؛ وهو من مشايخ بقيَّة بن مخلد المجهولين، ورواياته منكرة. ورواه ابن عدي في " الكامل " عن عمر الكلاعي وأعله به و قال: إنه مجهول لا أعلم أحداً روى عنه غير بقيَّة بن مخلد كما يروي عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة وغير محفوظة. نصب الراية، الزيلعي(٨٢/٤).قال الألباني:" حديث ضعيف"، مختصر إرواء الغليل(٢٧٧/١).

٣- أنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر إحضار المكفول بــه، فلــم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا.

ثانياً: أدلة القائلين بصحة الكفالة ببدن من عليه حد فيمــا يتعلــق بحقــوق الآدميين دون حقوق الله[١]:

١- أنَّ المكفول به حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين، وذلك كما لو كان على المكفول دين، إذ الواجب فيهما هو حضور الأصيل.

٢- الكفالة في ذلك كفالة بمضمون على الأصيل، مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين.

الترجيح:

يظهر من خلال النظر في الأدلة السابقة أن القول الثاني القائل بالتفريق بين حقوق الله وحقوق الآدميين أولى بالصواب، فلا تصح الكفالة بالنفس فيما كان حقاً خالصاً لله، وتصح في حقوق الآدميين لما يلي:

١-ضعف أدلة الرأي الأول من جهة.

٢-وبالرد على أدلة المانعين بالآتي:

أولاً: أنَّ حديث عمرو بن شعيب ضعيف بضعف رواته[٢].

ثانياً: قولهم بأنَّه حقٌ لا يُمكن استيفاؤه من الكفيل. يُجاب عنه بأن الواجب على الكفيل إحضار المكفول، وهو قادر عليه، فإن عجز بعد بذل كافة الأســباب فــلا شيء عليه.

٣-أنَّ في التفريق بين حدود الله تعالى، وبين الحدود المتعلقة بحقوق الآدميــين وجاهة؛ حيث إنَّ حقَّ الله مبني على الدرء، والكفالة وثيقة لا تناسب الــدرء، أمــا حقوق الآدميين فلا تنافي بينها وبين الدرء بالشبهات؛ ولأن حضور المدعى عليــه مجلس الحكم واجب بمجرد الدعوى فيناسبها الإستيثاق[٣].

---

١ - بدائع الصنائع، الكاساني(٨/٦)؛ أســنى المطالــب، الأنــصاري(٢٤١/٢)؛ حاشــية البجيرمــي علــى الخطيب،(١٢٣/٣).

٢ - نصب الراية، الزيلعي(٨٢/٤).

٣ - أسنى المطالب، الأنصاري(٢٤١/٢).

* الفصل الثالث: صور وأشكال للكفالة، ويحتوي على أربعة مباحث:

المبحث الأول: الكفالة المعلقة.

المبحث الثاني: الكفالة المضافة إلى المستقبل.

المبحث الثالث: الكفالة المؤقتة.

المبحث الرابع: ضمان الدَّرك، وضمان المجهول.

المبحث الأول: الكفالة المُعلَّقة.

الأصل في العقود أن تكون منجزة، وأن تترتب عليها آثارها في الحال، ولكن قد يطرأ على العقد أمور تجعله مؤجلاً أو معلقاً أو مضافاً إلى مستقبل حسب ما يقتضيه طرفا العقد فهل يجوز تعليق الكفالة؟.

الكفالة المعلقة: هي التي يُعلق وجودها على شيء آخر، كما إذا قال شخص للمشتري: أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق المبيع.

اختلف الفقهاء في تعليق الكفالة على قولين على النحو التالي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، ووجه عند الشافعية[٣]، ورواية عند الحنابلة[٤]، إلى القول بصحة تعليق الكفالة على شرط ملائم.

القول الثاني: ذهب بعض الشافعية[٥]، ورواية عند الحنابلة[٦]، إلى عدم صحة تعليق الكفالة على شرط.

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القائلين بجواز تعليق الكفالة:

١- قول الله-ﷻ-:" ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾ ﴾ [٧].

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن تعليق الكفالة بالشرط جائز، حيث علق المنادي الكفالة بشرط المجيء بالصواع. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا خلافه أو نسخه[٨].

---

١ – تبيين الحقائق، الزيلعي(١٥٣/٤)؛ العناية، شرح الهداية، البابرتي(١٨٣/٧).

٢ – بلغة السالك، الصاوي(٤٣٢/٣).

٣ – نهاية المحتاج، الرملي(٤٥٦/٤).

٤ – الفروع، ابن مفلح(٢٤٨/٤)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣١٧/٣).

٥ – نهاية المحتاج، الرملي(٤٥٦/٤).

٦ – الفروع، ابن مفلح(٢٤٨/٤)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣١٧/٣).

٧ – سورة يوسف، آية(٧٢).

٨ – البحر الرائق، ابن نجيم(٢٤٠/٦).

٢- قياس تعليق الكفالة على ضمان الدَّرَك، فضمان الدرك مترتب على ظهور الاستحقاق، فهو مضاف، والتعليق في معنى الإضافة[١].

٣- أن التعليق إلى وقت مجهول ليس بجهالة فاحشة فتتحملهـا الكفالـة؛ ولأن الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة بالتقـديم والتأخير، وهذا لا يفضي إلى المنازعة في باب الكفالة؛ لأن عقد الكفالـة عقد تبرع يسامَحُ فيه مالا يسامح في غيره؛ لإمكان استيفاء الحق من جهة الأصيل بخلاف البيع، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، وهي إلى مثل هـذه الآجال متعارفة[٢].

ثانياً: أدلة القائلين بعدم صحة تعليق الكفالة على شرط[٣]:

١- قياس تعليق الكفالة إلى أجل مجهول على البيع، فكما لا يصح البيع بالأجل المجهول فكذلك الكفالة لا تصح بالأجل المجهول.

٢- لا يجوز تعليق الكفالة؛ لأنها تتعلق بحق آدمي وفي تعليقها بهبوب الـريح والمطر مخاطرة، فلم يجز التعليق كالهبة.

الترجيح:

يتبين من خلال النظر في أدلة الفـريقين أن الـراجح هـو القـول الأول والمقتضي صحة تعليق الكفالة على شرط ملائم لما يلي:

١- قوة أدلتهم من جهة.

٢- أن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا إذا دلَّ دليل شرعي على المنع.

٣- أن قياس الكفالة على البيع قياس مع الفارق؛ لأنه يسامح في عقد الكفالـة كونه من عقود التبرع مالا يسامح في غيره لإمكان استيفاء الحق من جهة الأصيل بخلاف البيع[٤].

---

١ - كشاف القناع، البهوتي(٣/٣٧٦).

٢ - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(٥٤-٥٥)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي(٥/١٣٧).

٣ - المغني، ابن قدامة(٤/٣٦٠)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣/٣٧٦).

٤ - بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٣).

هل يملك الدائن مطالبة الكفيل حال كون الكفالة معلقة أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك بناءً على اختلافهم في جواز التعليق وعدمه على النحو الآتي:

القول الأول: ذهب الحنفية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢]، ومقتضى قول المالكية[٣]، إلى أن الدائن يملك مطالبة الكفيل حال انعقاد الكفالة معلقة.

القول الثاني: ذهب الشافعية[٤]، إلى أنه لا يُطالَب الكفيل لعدم صحة تعليق الكفالة أصلاً.

وقد سبق ترجيح القول بصحة الكفالة المعلقة على شرط ملائم، وإذا صح العقد ترتبت آثاره عليه.

المبحث الثاني: الكفالة المضافة إلى المستقبل.

من صور الكفالة كذلك أن تكون الكفالة مضافة إلى زمن الاستقبال، والمقصود بذلك أن ينشأ عقد الكفالة بمجرد العقد ولكن يتأخر ترتب الآثار عليه إلى زمن المستقبل، وذلك كما لو قال: أنا كفيل بنفس فلان أو بدينه بعد شهر.

اختلف الفقهاء في جواز إضافة الكفالة إلى المستقبل على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والحنابلة[٧]، إلى القول بجواز إضافة الكفالة إلى المستقبل، وشرط الحنفية في هذا أن يكون الأجل معلوماً أو أن تكون جهالته غير فاحشة.

---

[١] – تبيين الحقائق، الزيلعي(١٥٣/٤)؛ العناية، شرح الهداية، البابرتي(١٨٣/٧).

[٢] – الفروع، ابن مفلح(٢٤٨/٤)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣١٧/٣).

[٣] – بلغة السالك، الصاوي(٤٣٢/٣).

[٤] – نهاية المحتاج، الرملي(٤٥٦/٤).

[٥] – بدائع الصنائع، الكاساني(٤/٦).

[٦] – منح الجليل، لمحمد عليش(٢٠٨/٦)؛ مواهب الجليل، الحطاب(١٠١/٥).

[٧] – الإنصاف، المرداوي(٢١٣/٥)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٧٦/٣).

القول الثاني: ذهب الشافعية[1]، إلى القول بعدم جواز إضافة الكفالة إلى المستقبل، وهو قول الحنفية في حال كون الأجل مجهولاً جهالة فاحشة.

أدلة الفريقين:

أولاً: أدلة القائلين بجواز إضافة الكفالة إلى المستقبل:

١- قول الله-ﷻ-:" ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾ ﴾ [2].

وجه الدلالة؛ أن الكفيل رتَّب الكفالة على المجيء، والمجيء لا يكون إلا في المستقبل، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا خلافه أو نسخه[3].

٢- أن الكفالة عقد تبرع من غير عوض، ومبناها على التوسع، فيجوز إضافتها إلى المستقبل[4].

ثانياً: أدلة القائلين بعدم جواز إضافة الكفالة إلى المستقبل:

١- قياس تعليق الكفالة إلى أجل مجهول على البيع، فكما لا يصح البيع بالأجل المجهول فكذلك الكفالة لا تصح بالأجل المجهول، فلا يجوز التعليق ولا التوقيت كالهبة[5].

يتبين من خلال النظر فيما سبق من أدلة، أن في القول بجواز إضافة الكفالة إلى المستقبل وجاهةً من حيث إنَّ الكفالة من عقود التبرع، فيتسامَحُ فيها ما لا يتسامح في غيرها، كما أنه لا يخفى قوة الاستدلال بالآية الكريمة ووجه الدلالة منها.

---

١ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٢٧٠/٥)؛ مغني المحتاج، الشربيني(٢١٤/٣).

٢ - سورة يوسف، آية(٧٢).

٣ - البحر الرائق، ابن نجيم(٢٤٠/٦).

٤ - كشاف القناع، البهوتي(٣٧٦/٣).

٥ - المغني، ابن قدامة(٣٦٠/٤)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٧٦/٣).

هل يملك الدائن مطالبة الكفيل حال إضافة الكفالة إلى المستقبل أم لا؟

القول الأول: ذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3]، إلى أنَّ الدائن يُطالِب الكفيل بعد تحقق ما أُضيفت إليه الكفالة.

القول الثاني: يرى الشافعية[4]، والقائلون بعدم جواز إضافة الكفالة إلى المستقبل، أنه يصح التنجيز وتأخير المطالبة، فتتأخر المطالبة بتأجيل الكفيل لا بإضافتها.

وقد سبق ترجيح القول بصحة إضافة الكفالة إلى المستقبل، وإذا صح العقد ترتبت آثاره عليه، وجازت المطالبة بتحقق ما أُضيفت إليه الكفالة.

المبحث الثالث: الكفالة المؤقتة.

ومن صور الكفالة كذلك؛ الكفالة المؤقتة، وتكون بأن يضمن الكفيل الدين مدة معلومة محددة، فإذا انقضت تلك المدة يبرأ بعدها من التزامه وتنتهي الكفالة، وذلك مثل قول الكفيل: أنا كفيل بنفس فلان أو بديَّته من اليوم إلى نهاية هذا الشهر، فإذا انقضى الشهر برئت من الكفالة.

اختلف الفقهاء في توقيت الكفالة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية[5]، والمالكية[6]، وبعض الحنابلة[7]، إلى جواز توقيت الكفالة.

القول الثاني: ذهب بعض الشافعية[8]، وبعض الحنابلة[9]، إلى منع التوقيت.

---

[1] – بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٤).

[2] – منح الجليل، لمحمد عليش(٦/٢٠٨)؛ مواهب الجليل، الحطاب(٥/١٠١).

[3] – الإنصاف، المرداوي(٥/٢١٣)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣/٣٧٦).

[4] – تحفة المحتاج، الهيتمي(٥/٢٧٠)؛ مغني المحتاج، الشربيني(٣/٢١٤).

[5] – رد المحتار، ابن عابدين(٥/٢٨٩-٢٩٠).

[6] – مواهب الجليل، الحطاب(٥/١٠١).

[7] – الفروع، ابن مفلح (٤/٢٤٩)؛ شرح منتهى الإرادات، البهوتي(٢/١٣١)؛ مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣/٣١٧).

[8] – تحفة المحتاج، الهيتمي(٥/٢٦٩).

[9] – شرح منتهى الإرادات، البهوتي(٢/١٣١).

القول الثالث: ذهب بعض الشافعية[1]، إلى التفريق بين الضمان والكفالة[2]، فمنعوا التوقيت في الضمان وأجازوه في الكفالة.

أدلة كل فريق:

١- استدل أصحاب القول الأول والقائلون بجواز توقيت الكفالة بالأدلة الآتية:

١- أن الأصل في العقود والشروط الصحة، لقول الله -ﷻ-:"﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[3].

٢- قول الرسول-ﷺ-:" وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"[4].

٢- واستدل القائلون بعدم صحة التوقيت في الكفالة بأنَّ الديون لا تسقط بمضي الزمن، وفي إبراء الكفيل بانتهاء مدة التوقيت ذهاب لها[5].

٣- فرّق أصحاب القول الثالث بين الكفالة والضمان فأجازوا التوقيت في الكفالة بأنه قد يكون للكفيل غرض في تسليم المكفول في المدة المؤقتة بخلاف المال لأن المقصود منه الأداء فامتنع توقيت الضمان[6].

الترجيح:

يتبين أن القول بجواز توقيت الكفالة وجيهٌ للأدلة التالية:

١- قوة ما استدلوا به من جهة.

٢- أن في القول بتوقيت الكفالة تحقيق مصلحة ورفع حرج ومشقة عن المدين؛ لأن الكفيل قد يرمي إلى تحقيق مصلحة من التوقيت.

---

١ - مغني المحتاج، الشربيني(٢١٣/٣).

٢ - المراد بالضمان عند الشافعية؛ ضمان المال، والمراد بالكفالة كفالة البدن أو العين. تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٦٧/٥).

٣ - سورة المائدة، آية(١).

٤ - سبق تخريجه ص(١٤٥).

٥ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٢٦٩/٥).

٦ - مغني المحتاج، الشربيني(٢١٣/٣).

٣- أن التوقيت لا يسقط الديون بل تبقى ثابتة في ذمة المدين حتى يؤديهـــا أو يتصالح مع الدائن عليها.

٤- أن التفريق بين الضمان والكفالة لا ينبني على دليل؛ لأنه ربما كان للكفيل غرض في توقيت مدة الضمان أيضا.

هل يملك الدائن مطالبة الكفيل حال انعقاد الكفالة مؤقتة أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك بناءً على اختلافهم في جواز التوقيت وعدمه كما يلي:

القول الأول: ذهب الحنفية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢]، ومقتضى قول المالكية[٣]، إلى أن الدائن يملك مطالبة الكفيل حال انعقاد الكفالة مؤقتة، وخلال المدة، أما بعد انتهاء المدة فلا يملك المطالبة.

القول الثاني: ذهب الشافعية[٤]، إلى أنه لا يُطالب الكفيل لعدم صحة توقيت الكفالة أصلاً.

وقد سبق ترجيح القول بصحة توقيت الكفالة، وإذا صح العقد ترتبت آثاره عليه، وجاز توقيت الكفالة.

المبحث الرابع: ضمان الدَّرْكِ، وضمان المجهول.

أولاً: ضمان الدَّرْك[٥].

حكم ضمان الدَّرْك:

اتفق الفقهاء من الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، والشافعية[٨]، والحنابلة[٩]، على صحة ضمان الدَّرْك.

---

١ - رد المحتار، ابن عابدين(٥/٢٨٩-٢٩٠).

٢ - مطالب أولي النهى، الرحيباني(٣/٣١٧).

٣ - مواهب الجليل، الحطاب(٥/١٠١).

٤ - تحفة المحتاج، الهيتمي(٥/٢٦٩).

٥ - ضمان الدَّرك: لغة: اللَّحق من التبعة، وفي الاصطلاح: ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مغصوباً، أو مُستحقاً، أو أُخذ بشفعة سابقة. لسان العرب، ابن منظور(٤/٣٣٤)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢/٢٣٨).

٦ - المبسوط، السرخسي(٢٠/١٢٨)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(٦/٩).

٧ - منح الجليل، محمد(عليش)،(٦/٢٠٥).

٨ - نهاية المحتاج، الرملي(٤/٤٤٠)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢/٢٣٨).

٩ - المغني، ابن قدامة(٤/٣٤٧).

واستدلوا بما يأتي[1]:

١- ضمان الدرك صورة من صور ضمان المال وهو مشروع.

٢- الحاجة تدعو إلى ضمان الدرك لأنه لو لم يصح لامتنعت المعاملات مع من لم يُعرف، وفيه ضرر عظيم، رافع لأصل الحكمة، التي شرع من أجلها البيع.

٣- أن مبنى الكفالة على التوسع؛ لأنها تبرع ابتداء فيتحمّل فيها جهالة المكفول به إذا كانت يسيرة متعارفة.

٤- أن الحاجة تدعو إلى الوثيقة وهي ثلاثة: الشهادة، والرهن، والضمان. والأُولى لا يُستوفى منها الحق، والثانية ممنوعة؛ لأنه يلزم حبس الرهن إلى أن يُؤدى، وهو غير معلوم فيؤدي إلى حبسه أبداً، فلم يبقَ غير الضمان، ولو لم يصح لامتنعت المعاملات وشقّ على الناس السير في أمور حياتهم.

ثانياً: ضمان المجهول:

المقصود بالجهالة؛ جهالة المضمون به، وقد اختلف الفقهاء في جواز الكفالة مع جهالة المكفول به على النحو الآتي:

٧- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعي في القديم[4]، والحنابلة[5]، إلى جواز الكفالة مع جهالة المكفول به؛ فتصح الكفالة بالمعلوم؛ كقوله: تكفلت عنه بألف، أو بالمجهول كقوله: تكفلت عنه بما لك عليه؛ لأن الكفالة مبناها على التوسع، فيحتمل فيها الجهالة.

---

١ - بدائع الصنائع، الكاساني(٣/٦)؛ أسنى المطالب، الأنصاري(٢٣٨/٢)؛ كشاف القناع، البهوتي(٣٦٩/٣)؛ التوثيق بالكتابة والعقود الترتوري(ص٢٠٣).

٢ - بدائع الصنائع، الكاساني(٢٩/٦)؛ فتح القدير، ابن الهمام(١٨١/٧)؛ درر الحكام، علي حيدر(٧٢٤/١).

٣ - حاشية الدسوقي(٣٣٤/٣).

٤ - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٥٣/٥).

٥ - الإنصاف، المرداوي(١٩٥/٥)؛ الفروع، ابن مفلح(٢٤٢/٤).

٨- ذهب الشافعي في الجديد[١]: إلى أنه ينبغي أن يكون المكفول به معلوماً جنساً وقدراً وصفةً وعيناً؛ لأن الضمان إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، فلم يجز مع الجهالة، كالثمن في البيع، فلا يصح المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين، واستثنوا ضمان الدَّرك لحاجة الناس إليه.

و استدل الجمهور على صحة الكفالة بالمجهول بما يأتي[٢]:

٤- قول الله-ﷻ-:" ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ۝٧٢﴾"[٣].

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الكفيل كفل بحمل بعير وهو غير معلوم ومتفاوت، فدل ذلك على عدم اشتراط كون المكفول به معلوماً.

٥- قول رسول الله-ﷺ- في حديث أبي أُمامة الباهلي:" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"[٤]. وهذا لفظ عام يشمل المكفول به سواءً كان معلوماً أو مجهولاً.

٦- ومن المعقول؛ وهو أن الكفالة مبناها على التوسع؛ لأنها تبرع، فتحتمل الجهالة إذا كانت متعارفة.

الترجيح:

يظهر مما سبق أن الرَّاجح قول جمهور الفقهاء بعدم اشتراط كون المكفول به معلوماً لا قدراً ولا صفة ولا عيناً، وذلك لما يلي:

٣- قوة أدلة الجمهور، هذا من جهة.

٤- أن عقد الكفالة عقد تبرع، مبناه على التوسع، فصحَّ مع الجهالة.

---

[١] - تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٥٣/٥).

[٢] - بدائع الصنائع، الكاساني(٩/٦)؛ حاشية الدسوقي(٣٣٤/٣)؛ تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي(٢٥٣/٥)؛ الإنصاف، المرداوي(١٩٥/٥)؛ الفروع، ابن مفلح(٢٤٢/٤)؛ فقه المعاملات المالية في الإسلام، حسن أيوب، ص(٤٥٧)، دار السلام، ط.(١)، ١٤٢٣هـ -٢٠٠٣م؛ نظرية الضمان، الموسى(٣٦٠/١).

[٣] - سورة يوسف، آية (٧٢).

[٤] - سبق تخريجه.ص(٨٢).

* الفصل الرابع: صور معاصرة للكفالة ونظرة الشريعة الإسلامية إليها، ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الكفالة المصرفية وخطاب الضمان.

المبحث الثاني: الاعتمادات المستندية.

المبحث الثالث: التأمين التجاري.

المبحث الأول: الكفالة المصرفية وخطاب الضمان.

مرَّ سابقاً أنَّ الفقهاء يتفاوتون في استخدام كلمتي الكفالة والضمان – ففي حين أن الحنفية يستخدمون لفظ الكفالة، نجد أن المالكية يستخدمون لفظ الضمان والحمالة، والشافعية يستخدمون كذلك لفظ الضمان، أمَّا الحنابلة فيستخدمون لفظ الضمان لكفالة المال ولفظ الكفالة لكفالة النفس– ولكنهم يتفقون رغم تعدد تلك المسميات على معنىً واحد بينهم يظهر من خلال تعريفاتهم المذكورة في مبحث تعريف الكفالة في بداية البحث، فأيُّهما ذُكر فلا حرج فلو ذكرت الكفالة المصرفية فإنما أقصد خطاب الضمان.

ويحتوي هذا المبحث على المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان وأركانه وأنواعه.

المطلب الثاني: أهمية خطاب الضمان.

المطلب الثالث: الحكم الشرعي لخطاب الضمان.

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان وأركانه وأنواعه

أولاً: تعريف خطاب الضمان: هو عبارة عن تعهد كتابي، يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه – طالب الإصدار– في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام مُلقى على عاتق العميل المكفول؛ وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينه، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة[1].

ثانياً: أركان خطاب الضمان وشروطه.

من خلال النظر في تعريفات خطاب الضمان المتعددة، يتبين أنه يتكون من عدة أركان وشروط على النحو الآتي[2]:

---

[1] – الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(١٣١).

[2] – المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الرزاق وجدي الهيتي،(ص(٣٨٦)، دار أسامة للنشر، عمان–الأردن.

١- اسم عميل المصرف: الصادر بناء على طلبه خطاب الضمان.
٢- اسم المستفيد من خطاب الضمان: الصادر لصالحه هذا الخطاب.
٣- العقد المُبرم بين عميل المصرف والمستفيد.
٤- القدرة الوقتية لصلاحية العقد.
٥- أية شروط أخرى لازمة لتحقيق العقد، حتى يمكن أن تحقق الاستفادة بقيمة الضمان.

ثالثاً: أنواع خطابات الضمان:

تنقسم خطابات الضمان إلى عدة أنواع منها[١]:

١- خطابات الضمان الابتدائية: ويُعد هذا النوع من الخطابات بمثابة تعهدات لصالح المستفيد سواء من جهة حكومية أو غيرها، من أجل ضمان دفع نسبة معينة – تأمين نقدي – من قيمة العملية التي يتنافس طالب خطاب الضمان – العميل- عليها، ويستحق الدفع عند عدم وفاء الطالب باتخاذ الترتيبات اللازمة عند رسو العملية عليه.
٢- خطابات الضمان النهائية: وهي أيضا تعهدات لجهة حكومية أو غيرها لضمان مبلغ معين من النقود، ويعادل قيمة العملية التي رست على العميل – طالب الضمان-، ويصبح الدفع واجباً من قبل البنك عند عدم وفاء العميل بالتزاماته المدرجة ضمن العقد النهائي للعملية بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها.

المطلب الثاني: أهمية خطاب الضمان[٢]:

يقوم خطاب الضمان بدور كبير ومتميز في الحياة الاقتصادية بشكل عام وفي العمليات التجارية، والصناعية بشكل خاص، لاسيما منها عمليات

---

١ – الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر بن عبد العزيز المترك،(ص(٣٨٦)، اعتنى بإخراج بكر أبو زيد، دار العصمة للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية؛ المصارف الإسلامية، د. عبد الرزاق الهيتي،(ص(٣٨٦-٣٨٧).

٢ – المصارف الإسلامية، د. عبد الرزاق الهيتي،(ص(٣٨٦-٣٨٧)؛ الكفالة وتطبيقاتها المعاصر، السالوس(ص(١٣١)؛ الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية،د. عمر المترك،(ص(٣٨٥).

الاستثمار الخاصة بالوزارات والمصالح الحكومية، حيث يتطلب الأمر عند النظر في العطاءات والمناقصات، والمزايدات الخاصة بها: أن يتقدم الشخص أو الشركة بخطاب ضمان صادر من بنك معتمد.

فلا بد من أن يقوم الشخص أو الشركة بإيداع أموال نقدية لإحدى المنشآت، أو الوزارات، أو المصالح الحكومية، واستردادها بعد فترة طويلة مما يؤدي إلى حجز جزء كبير من أمواله دون استثمار، فإنه بإمكانه أن يقدم إلى الجهة المختصة ما يقوم مقام تلك الودائع وهو خطاب الضمان.

ونتيجة لإصدار خطاب الضمان : فإنه تنشأ عن ذلك علاقات عدة ويتمثل ذلك في العلاقات الثلاث الآتية[1]:

١- علاقة العميل بالمصرف الضامن:

وهي علاقة بين الضامن -المصرف- والمضمون -العميل- تنشأ بين الطرفين، نتيجة اتفاقهما على هذا العقد مقابل أجر-عمولة-.

٢- علاقة عميل المصرف بالمستفيد:

وتتمثل في العلاقة التعاقدية التي تحدد العقد المبرم بين العميل والمستفيد، أو طبقاً لتعليمات إدارية تفرضها وتحددها جهات حكومية، ويتولد عنها التزام محل الضمان الذي بسببه يصدر خطاب الضمان.

٣- علاقة المصرف الضامن بالمستفيد:

وتنشأ هذه العلاقة عن تعهد المصرف بدفع مبلغ الضمان للمستفيد، والذي بدوره يحصل على هذا الحق من خلال خطاب الضمان، دون تحمل أية التزامات لصالح المصرف.

---

[1] - المصارف الإسلامية، د. عبد الرزاق الهيتي،(ص٣٨٧).

المطلب الثالث: الحكم الشرعي لخطاب الضمان:

اختلف الفقهاء والباحثون في حكم خطاب الضمان على رأيين كما يلي:

الفريق الأول: ذهب جماعة من الفقهاء والباحثين إلى عدم جواز أخذ جُعلٍ على الضمان[1].

الفريق الثاني: ذهب بعض الباحثين إلى القول بجواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان[2].

أدلة الفريقين:

أولاً: أدلة المانعين لأخذ الأجرة على خطاب الضمان.

علَّل القائلون بالمنع ذهابهم إلى هذا القول بأمرين[3]:

أولاً: أنه في حالة عدم وفاء المضمون عنه بالالتزام تجاه الطرف الثالث يكون الضامن ملزماً بأداء الدَّين بحكم هذا الضمان، وإذا أداه وجب له على المضمون هذا المبلغ لدى أدائه، فصار هذا الضمان كالقرض مالاً، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جاراً للمنفعة.

ثانياً: أن الضمان معروف، وموضوعه: الإرفاق؛ فإذا شرط الضامن لنفسه حقاً خرج عن موضوعه فَمَنَعَ صحته.

ثانياً: أدلة القائلين بجواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان[4]:

أولاً: أن استحقاق المصرف لذلك الأجر يكون نتيجة قيامه بما وُكل به، والوكالة يمكن أن تكون بأجر وبدون أجر، فإذا كانت بأجر أخذت أحكام الإجارة، وإن كانت بدون أجر كانت تبرعاً.

---

١ – الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٣٨٧)؛ المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، علي بن أحمد السالوس، ص(١٢٠)، دار الاعتصام، ط(٢) ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م.

٢ – المصارف الإسلامية، د. عبد الرزاق الهيتي،(ص(٣٩٧).

٣ – حاشية الدسوقي(٣/٧٧)؛ الِّربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية،د. عمر المترك،(ص(٣٨٧).

٤ – المصارف الإسلامية، د. عبد الرزاق الهيتي،(ص(٣٩٧).

ثانياً: أن استحقاق المصرف هذا الأجر، يمكن أن يكون مقابل ضمانه، ما دام يترتب على هذا الضمان استخدام جهد، ولو كان الجهد مجرد مشي أو حركة؛ ذلك لأن بعض الفقهاء قد أجاز أخذ الأجرة على الجاه الذي يتحمل صاحبه بعض الجهد، والضمان شقيق الجاه، فيجوز أخذ الأجرة عليه قياساً على الجاه.

الترجيح:

اختلف الفقهاء في جواز أخذ أجر على خطاب الضمان أو عدم جواز ذلك بناءً على الفهم المتراكم لدى كل فريق عن خطاب الضمان، فمن رأى أنه أقرب لعقد الوكالة أجاز، أما من رأى أنه عقد كفالة فلم يجز؛ لأن عقد الكفالة عقد إرفاق وتبرع فلم يُجز أخذ الأجر على ذلك.

والذي يظهر -والله تعالى أعلم- هو القول بالجواز؛ حيث يجوز للبنك أخذ أجر مقابل ما يقوم به من جهد وأعمال إدارية،-دون ما يأخذه من فوائد في حال تسديده عن طالب الخطاب فإنه ربا محرم-، أما أخذ الأجر فيكون مقابل الجهد لا مقابل الضمان، وذلك لحاجة الناس إلى التعامل بمثل هذه العقود لاسيَّما مع تطور الحياة الاقتصادية، فإن الفتوى تتغير تبعاً لتغير الزمان والمكان والحوادث والأشخاص بما لا ينافي النصوص الشرعية، والأصل في العقود الجواز ما لم يرد دليل مخالف، فإن من يمنع يُطالَب بالدليل فإن وُجد دليل أقوى رُجع إليه؛ ذلك أن الحكمة ضالة المؤمن أنّى وجدها أخذ بها[1].

المبحث الثاني: الاعتمادات المستندية.

ويحتوي هذا المبحث على أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاعتمادات المستندية وبيان أركانها وأقسامها.

المطلب الثاني: أهمية الاعتمادات المستندية.

المطلب الثالث: الآثار التي تترتب على فتح الاعتمادات المستندية.

المطلب الرابع: الحكم الشرعي للاعتماد المستندي.

---

[1]- المصارف الإسلامية، د. عبد الرزاق الهيتي، (ص(٣٩٧)؛ نظرية الضمان، الموسى(٦٠٣/٢)؛ الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(١٣٩).

المطلب الأول: تعريف الاعتمادات المستندية وبيان أقسامها وأركانها.

أولاً: تعريف الاعتمادات المستندية: تعهد كتابي صادر من مصرف بناءً على طلب مُستَوْرِدٍ لصالح مُوَرِّدٍ، يتعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمناً لسلع يُصَدِّرها للمستورِد طالب فتح الاعتماد، متى قدم المُورد المستندات المتعلقة بالسلع والشحن، على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد[١].

ثانياً: أركان الاعتمادات المستندية: للاعتماد المستندي أربعة أركان هي[٢]:

١- طالب فتح الاعتماد: المستورد الذي يَصدُرُ الاعتماد لحسابه.

٢- البنك مصدر الاعتماد: بنك المستورد الذي يُنشئ الاعتماد.

٣- البنك مُبَلِّغ الاعتماد: بنك المصدر.

٤- المستفيد المُصدِّر: الذي يُصدُر الاعتماد لصالحه.

ثالثاً: أقسام الاعتمادات المستندية: ينقسم الاعتماد المستندي إلى قسمين هما[٣]:

١- اعتماد استيراد: وهو الذي يفتحه المستورد لصالح المصدِّر بالخارج؛ لشراء سلعة أجنبية.

٢- اعتماد تصدير: وهو الذي يفتحه المشتري الأجنبي في الخارج لصالح المصدّر بالداخل لشراء ما يبيعه.

ولا يختلف أي نوع من هذين النوعين من الاعتماد المستندي عن الآخر؛ لأن الاعتماد في الحالتين ما هو إلا تعهد مصرفي للبائع بالثمن يتقدم بطلبه من البنك المشتري. وتقسيمه إلى اعتماد استيراد وتصدير قائم على أساس اعتيادي.

---

١ - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(١٥٩)؛ المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، السالوس، ص(١٢٠).

٢ - نظرية الضمان، الموسى(٥٨٥/٢)؛ المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الرزاق الهيتي(ص(٤٠٦).

٣ - المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الرزاق الهيتي(ص(٤٠٦).

المطلب الثاني: أهمية الاعتمادات المستندية.

للاعتماد المستندي أهمية في الحياة الاقتصادية يمكن ذكر جملة منها على النحو التالي[1]:

١- حصول المُصَدِّر على قيمة البضاعة التي يُصدِّرها بمجرد تقديمه المستندات الخاصة بها إلى المصرف، وبذلك لا تتعرض أمواله إلى مخاطر عدم السداد أو تأخيره.

٢- فيه حماية للمستورد؛ لأنه لا يدفع الثمن – ثمن البضاعة بواسطة المصرف- إلا إذا قدم البائع المستندات اللازمة لملكية البضاعة وبعد أن يفحصها المصرف جيداً ويتأكد من مطابقتها قبل أن يسدد قيمتها.

٣- يتعاون كل من المُصدِّر والمُسْتَوْرِد على استيفاء البيانات التي يتطلبها قانون بلد كل منهما، فالمستورد يقوم باستيفاء الإجراءات المطلوبة للرقابة على الاستيراد والنقد، كما أن المُصَدِّر يستوفي الإجراءات اللازمة للموافقة على تصدير البضاعة.

٤- يعتبر الاعتماد المستندي أحد الوسائل المشتركة في مجال العمل المصرفي، والتي يمكنها الجمع بين الخدمة المصرفية وأعمال التمويل.

المطلب الثالث: الآثار التي تترتب على فتح الاعتمادات المستندية.

يترتب على فتح الاعتماد آثار في ذمة العميل، وأخرى في ذمة المصرف على النحو الآتي[2]:

أولاً: الآثار المترتبة على فتح الاعتماد بالنسبة للعميل:

أ- يعتبر هذا الاعتماد لازماً في حقه منذ اللحظة التي يتعهد فيها المصرف للقيام بدوره أمام المستفيد نهائياً، فليس للآمر الرجوع بعد ذلك حتى لا يُضر المصرف الذي التزم أمام الغير.

---

[1] – الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٤٠١)؛ المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الرزاق الهيتي(ص(٤٠٦).

[2] – الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٣٩٩-٤٠٠).

ب- يلتزم العميل بأن يَدفع للمصرف قيمة الائتمان بمجرد أن يُنفذه المصرف ما لم يكن قد سبق أن دفعها مقدماً، ويشمل الرد: المبلغ الذي دفعة المصرف للبائع والمصاريف التي تحملها في ذلك، في حين أنَّ البنك يضمن حقوقه عن طريق حق الرَّهن المُخول له، إذ له أن يحبس المستندات المُمثِّلة للبضاعة، والتي يتلقاها من البائع حتى يستوفي حقه من قِبَلِ المشتري.

ثانياً: الآثار المترتبة على فتح الاعتماد بالنسبة للمصرف:

لا يعرف المصرف سوى عميله الذي أبرم معه عقد فتح الاعتماد وما إخطاره للبائع بالاعتماد إلا تنفيذ لالتزامه الناشئ من عقد الاعتماد أمام عميله.

ويمكن تلخيص التزامات المصرف في فتح الاعتماد كما يأتي[١]:

أ- يلزم المصرف بأن يخطر البائع بخطاب يسمى – خطاب اعتماد- حيث يضع تحت تصرفه اعتماداً بشروط معينة، وتُحدد تعليمات العميل كيفية الإخطار.

ب- يلزم بقاء الاعتماد مفتوحاً طوال المدة التي يحددها المشتري (العميل عادة) باعتبارها الموعد الأقصى لتنفيذ عقد البيع، وليس للمصرف التراجع بعد ذلك؛ لأن الضمان عقد لازم في حق الضامن.

ج- على المصرف فحص المستندات بناء على تعليمات العميل الآمر والتحقق من توفرها للشروط المحددة في خطاب الاعتماد.

د- على المصرف بمجرد أن يُسلم للبائع القيمة، واستلامه للمستندات اللازمة أن يُمَّكن المشتري من الاطلاع عليها على وجه السرعة، وعلى العميل أن يفحصها بمجرد أن يقدِّمها له المصرف وله أن يرفضها، أو يقبلها مع التحفظ إن وجد بها مخالفة.

---

١ - الربِّا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٣٩٩-٤٠٠).

المطلب الرابع: الحكم الشرعي للاعتماد المستندي.

اختلفت أنظار الباحثين في طبيعة عقد الاعتماد المستندي على أربعة آراء[1]:

الرأي الأول: ذهب بعض الباحثين إلى إلحاق عقد الاعتماد المستندي بعقد الضمان والكفالة؛ لأن البنك يضمن المشتري بما للبنك من ذمة مالية وسمعة اقتصادية مما يحقق لكل من الطرفين المتبايعين ما يسعيان إليه. ولولا تمتع البنك بذلك والتزامه بضمان حقوق الطرفين لما تمت هذه العملية التي هي لمصلحة البائع والمشتري؛ لأن بائع البضاعة لا يقبل التخلي عنها لمشترٍ لا يعرفه دون أن يطمئن إلى إمكان تسديد الثمن له، وكذلك المشتري يريد أن يطمئن إلى كون البضائع المطلوبة مستوفية للشروط، فتدخل البنك بيساره وضمان حق البائع في الثمن إذا قدَّم المستندات، وضمان حق المشتري باستلام المستندات وفحصها؛ هو الذي أدى إلى تخريج عملية الاعتماد المستندي على عقد الضمان. والضمان مشروع في الإسلام فقد جاء عنه -ﷺ-:" وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"[2].

الرأي الثاني: وذهب بعض الباحثين إلى إلحاق عقد الاعتماد بعقد الوكالة؛ لأن طلب فتح الاعتماد بمثابة توكيل صادر من المشتري للبنك بفتح الاعتماد وتنفيذه عن طريق قبول السند المسحوب عليه ووفائه، ويلتزم الموكل بأن يدفع للوكيل جميع ما أنفقه في تنفيذ عقد الوكالة فهو بمثابة الإنابة عن العميل في عمليات ومراحل الاعتماد المستندي المختلفة من فتح الاعتماد وفحص المستندات ودفع الثمن وغير ذلك، وعقد الوكالة جائز ومشروع فكذا ما أُلحق به من العقود.

الرأي الثالث: ذهب بعض الباحثين إلى إلحاق عقد الاعتماد بعقد الحوالة؛ لأن بائع البضاعة ومصدِّرها لا يرضى بالتعامل مع مشترٍ لا يعرفه ولا يطمئن إليه، أما التزام البنك فإن كلاً من الطرفين يرضى به.

---

[1] - أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي، أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش،(ص(٥١٩)، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع؛ المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الرزاق الهيتي(ص(٤١٥-٤١٧)؛ الكفالة وتطبيقاته المعاصرة، السالوس(١٦٠-١٦٢)؛ نظرية الضمان، الموسى(٢/٥٨٥-٥٨٦).

[2] - سبق تخريجه.ص(٨٢).

فكأن المشتري قد أحال البائع على البنك لاستيفاء قيمة البضاعة المباعة منه وبهذا ينتقل الثمن من ذمة المشتري إلى ذمة البنك، وقد رضي البنك بشغل ذمتــه تجاه المستفيد، ورضاء البنك أساس لفتح الاعتماد، وإذا لم يتحقق الرضا لم يتحقق فتح الاعتماد. والحوالة مشروعة في الفقه الإسلامي فكذا ما أُلحق بها.

الرأي الرابع: ذهب بعض الباحثين إلى أن الاعتماد المستندي عقد غير مسمى.

أي عقد من نوع خاص وله أحكامه الخاصة، ونشأ وتطور لخدمــة حاجــات التجَّار، ومن آثاره أنه يُنشئ التزاماً لصالح البائع يصبح مستقلاً عن مصدره.

والأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز لقــول الله -ﷻ-:"﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[1]. ولقول الرسول-ﷺ-:" وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"[2].

والذي يظهر من خلال النظر في الآراء السابقة أنَّ فتح الاعتماد وإن كان لــه شَبَه بأكثر من عقد، فإنه أقرب ما يكون إلى عقد الكفالة ذلك أن الاعتماد المستندي المغطى غطاءً كلياً يكون المصرف في هذه الحالة وكيلاً عن فاتح الاعتمــاد، وإن كان كفيلاً بالنسبة للمُصدِّر الذي يُعتبر مكفولاً له. أما في حين كون الاعتماد غير مغطىً كلياً أو جزئياً فالمصرف كفيل، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنــه، فيظهر – والله أعلم- أن تعهد المصرف بوفاء دين المشتري للبائع صــحيح؛ لأن هذا من قبيل الضمان الشرعي، وهذا الضمان يتضمن رهناً ضمنياً للبضاعة لــدى الضامن بعد أداء الثمن الذي تعهد بتسديده، ومتى قام المــصرف بتــسديد البــائع يُصبح المشتري مديناً له بقيمة البضاعة التي سددها[3].

---

[1] – سورة المائدة، آية(١).

[2] – سبق تخريجه ص(١٤٩).

[3] – الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(١/١٦٠)؛ الرِّبا والمعاملات المصرفية فــي نظــر الــشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٤٠١).

والفوائد التي يحصل عليها المصرف لقاء قيامه بهذه العملية على قسمين[١]:

١- ما يعتبر أجراً على ما قام به المصرف من الخدمات العملية والتكاليف الإدارية من الاتصال بالمُصَدِّر ومطالبته بتسليم مستندات الشحن وإيصالها إلى المشتري فهذه خدمة مصرفية جائزة، وأخذ الأجرة عليها جائز شرعاً ولا تعتبر هذه في حكم الفائدة الربوية بوجه من الوجوه.

٢- ما يعتبر فائدة عن المبلغ غير المغطى الذي يقوم بتسديده المصرف إلى المُصدِّر من قيمة البضاعة فهذه الفائدة رباً؛ لأن ما يدفعه البنك يعتبر قرضاً منه للمستورد، وأخذ الفائدة على القرض رباً، وإن كانت الفائدة مقابل الضمان فقط لا مقابل خدمات التحويل فهي غير جائزة أيضاً إذا كان المبلغ المضمون غير مغطىً بالكامل. أما إذا كان فتح الاعتماد مسبوقاً بتسليم جميع المبلغ المطلوب فتح الاعتماد به فلا يظهر فيه ما يوجب بطلانه، والعمولة التي يأخذها المصرف في هذه الحالة مقابل خدماته؛ لأن المصرف لا يدفع من ماله شيئاً وإنما يدفع المبلغ من مال المستورد الموجود لديه، فلا يَرِدُ المحظور الذي من أجله حُرِّم أخذ الجُعل على الضمان.

المبحث الثالث: التأمين التجاري.

ويحتوي هذا المبحث على أربعة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: تعريف التأمين ونشأته.

المطلب الثاني: أركان عقد التامين وعناصره.

المطلب الثالث: أنواع التأمين التجاري.

المطلب الرابع: حكم التأمين التجاري.

---

١ - الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٤٠١-٤٠٢)؛ المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الرزاق الهيتي(ص(٤١٧-٤١٩).

المطلب الأول: تعريف التأمين ونشأته.

أولاً: تعريف التأمين: هو عقد يُلزم المُؤَمِّنُ بمقتضاه أن يؤدي إلى المُؤمَّنِ لـــه أو إلى المستفيد الذي اشتُرط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو راتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع حادث أو تحقق خطر مُبَيَّن بالعقـــد، وذلـــك نظير مبلغ من المال يدفع أقساطاً أو دفعة واحدة من المُؤَمَّن له للمُؤَمِّن[١].

ثانياً: نشأة التأمين: يُعتبر التأمين من العقود المستحدثة، لا يُعرف أنَّ أحداً قــد تحدَّثَ عنه قبل الفقيه الحنفي المشهور ابن عابدين؛ الذي توفي سنة ١٢٥٢هــــ. وقد سُئل عن التأمين البحري فبيَّن أنه غير مشروع[٢].

وظل الاتجاه إلى تحريم التأمين سائداً مدة قرن كامل بعد ابن عابدين، وبعــد منتصف القرن الرابع عشر الهجري ظهر من ينادي بحلِّ عقد التـــأمين، بـــل إن بعض الحكومات أجبرت رعاياها على بعض أنواع التأمين، ومن هنا فُــتح بـــاب الخلاف[٣].

المطلب الثاني: أركان عقد التامين وعناصره.

يحتوي عقد التأمين على عناصر عدة يمكن ذكرها على النحو الآتي[٤]:

١- وجود شخص يَخشى من خطر ما، قد يصيبه في ذاته أو ماله أو في عزيز لديه، ويبحث عن أسلوب أو محاولة تخفف عنه آثار هذا الخطـــر، عـــن طريق عوض من المال يُدفع له عند وقوعه يستعين به على مواجهة مـــا تعرض له، أو على إصلاح ما أفسده هذا الخطر. ويسمى هذا الشخص في المفهوم التأميني- المُؤَمَّنُ له أو المُستأمن- ويعتبـــر أحـــد طرفـــيّ عقـــد التأمين.

---

١ - الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمـــر المتـــرك،(ص(٤٠٣)؛ موســـوعة الاقتصاد الإسلامي ودراسات مقارنة، د.محمد عبد المنعم الجمال، ص(٣٤٥)، ط(٢)، دار الكتاب المـــصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٤٠٦هـــ، ١٩٨٦م.

٢ - رد المحتار، ابن عابدين(١٧٠/٤).

٣ - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(١٦٣)؛ الرِّبا والمعاملات المـــصرفية فـــي نظـــر الـــشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٤٠٤).

٤ - موسوعة الاقتصاد الإسلامي ودراسات مقارنة، د. محمد عبد المنعم الجمال،ص(٣٤٥-٣٤٦).

٢- وجود طرف آخر للعقد ويسمى المُؤَمِّن ويتَمثل في صورة شركة مساهمة أو جمعية تعاونية تقوم بتحقيق رغبة الطرف الأول.

٣- حصة من المال يدفعها المُستأمِن إلى المُؤَمِّن طبقاً لنظـام عقـد التـأمين – وتسمى هذه الحصة قسط التأمين- ويكون ذلك القسط لقاء التزام المُؤَمِّن بدفع التعويض المتفق علية إلى المُستأمِن.

٤- احتمال تعرض المُستأمن لخطر ما، يتعرض له في شخصه أو في ماله أو في عزيز لديه ويسمى الخطر – المُؤَمَّنُ منه-.

٥- مبلغ من المال يدفعه المُؤَمِّن إلى المُستأمِن حسب شروط العقد ويـسمى- مبلغ التأمين-.

٦- وجود مصلحة للمُستأمِن، أما إذا انتفت المصلحة فيصبح العقد باطلاً.

المطلب الثالث: أنواع التأمين التجاري.

يُقسم التأمين التجاري من حيث موضوعه إلى ثلاثة أنواع[١]:

١- التأمين على الممتلكات كالتأمين على السيارات، والمتاجر والمنازل ونحو ذلك ضد خطر الهلاك الكُلي أو الجزئي أو أي ضرر يُصيبها.

صورته: أن يعقد المُستأمِن مع شركة التأمين عقداً يُحقِّق له بموجبه التخفيف من خسارته عند تعرُّض بيته أو سيارته أو بضاعته إلى أخطار الحريق أو الدمار أو الضياع أو السرقة أو تعرُّض بضاعته إلى مثل تلك الأخطار أثناء النقل البري أو البحري أو الجوي.

ويُلزم المُستأمِن بموجبه بدفع مبلغ مُعيَّن من المال – قسط التأمين- يكون مُلكاً لشركة التأمين، ولا يُعاد للمُستأمِن منه شيء مُطلقاً، وتلتزم الشركة عنـد وقـوع الخطر المُؤَمَّن منه بدفع التعويض المُتَّفق عليه، ويكون عادة بنسبة ما لحق المـال المُؤَمَّن عليه من أضرار.

---

١ – التأمين الإسلامي دراسة فقهية تبين حقيقة التأمين التعاوني بصورتيه النظرية والعملية وممارسـته فـي شركات التأمين الإسلامي، د. أحمد سالم ملحم، ص(٣٩-٤٠)، دار الأعلام، ط(١)، ١٤٢٣هـ ،٢٠٠٢م.

٢- التأمين على المسؤولية تجاه الغير، كتأمين صاحب السيارة على مسؤوليته تجاه الغير عما تُحدِثُه سيارته من أذى لأنفس أو لأموال الآخرين، حيث تقوم الشركة في هذه الحالة بدفع مبلغ مالي مُعيَّن وفق المعايير المعمول بها إلى الطرف المُتضرر كتعويض قانوني عمّا أدّاه من الأموال نتيجة الأضرار التي أحدثتها سيارته لحياة الآخرين أو أموالهم موتاً أو إتلافاً.

ومن هذا القبيل أيضاً: تأمين المسؤولية للأطباء والجرَّاحين مما قد يتعرضون له من مطالبات مالية نتيجة مخاطر الخطأ في مُزاولة المهنة. وكذلك تأمين المسؤولية للصيادلة مما قد يتعرضون له من مطالبات مالية نتيجة مخاطر الخطأ في تحضير الأدوية.

٣- التأمين على الحياة: حيث تلتزم بموجبه شركة التأمين بتقديم مبلغ مالي مُتّفق عليه إلى أُسرة الشخص المؤَمَّن على حياته إذا توفي خلال مُدة مُحددة مُقابل قسط محدد يدفعه ذلك الشخص في تلك المدة لشركة التامين.

المطلب الرابع: حكم التأمين التجاري.

اختلف الباحثون في حكم التأمين التجاري على قولين:

القول الأول: تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه.

القول الثاني: جواز التأمين التجاري.

أدلة الفريقين:

أولاً: استدل القائلون بتحريم عقد التأمين التجاري بجميع أنواعه بعدة أدلة كما يلي[١]:

---

١ - الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، أ.د علي أحمد السالوس،(١/٤٩١-٤٩٣)، دار الثقافة، مؤسسة الرَّيان للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م؛ الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٤٢١-٤٢٧)؛ الموسوعة الفقهية الميسرة، قلعجي(١/٤٠١-٤٠٢)، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(١٦٥)؛ أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، إعداد الأمانة العامة للهيئة، (٤/٨١-١٤٠)، ط(١)، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م؛ فتاوي اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب أحمد بن عبد الرزاق الدويش،(١٥/٢٧٨-٢٨٠)، طبع ونشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، ط(١) ١٤٢١هـ.

١- عقد التأمين التجاري من عقود المعوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش؛ لأن المُستأمِن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يُعطي أو يأخذ؛ فقد يدفع قسطاً أو قسطين، ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المُؤمِّن، وقد لا تقع الكارثة أصلاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً، وكذلك المُؤمِّن لا يستطيع أن يحدد ما يُعطي ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده، وقد ورد في الحديث الصحيح عن النبي-ﷺ- النهي عن بيع الغرر، فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ -ﷺ- قَالَ:" نَهَى رَسُولُ اللَّهِ-ﷺ- عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ"[1].

٢- عقد التأمين التجاري ضرب من ضروب المقامرة لما فيه من المخاطرة في معاوضات مالية، ومن الغرم بلا جناية أو تسبب فيها. ومن الغُنم بلا مقابل أو مقابل غير مكافئ، فإن المُستأمِن قد يدفع قسطاً من التأمين ثم يقع الحادث فيغرم المُؤَمِّن كل مبلغ التأمين، وقد لا يقع الخطر ومع ذلك يغنم المُؤَمِّن أقساط التأمين بلا مُقابل، وإذا استحكمت فيه الجهالة كان قماراً ودخل في عموم النهي عن الميْسر في قول الله -ﷻ-:" ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴿٩٠﴾ ﴾[2].

٣- عقد التأمين التجاري يشمل على ربا الفضل أو النَساء؛ فإن الشركة إذا دفعت للمُستأمِن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا فضل، والمُؤَمِّن يدفع ذلك للمُستأمِن بعد مدة فيكون ربا نَساء، وإذا دفعت الشركة للمستأمِن مثل ما دفعه لها يكون ربا نَساء فقط وكلاهما حرام.

٤- عقد التأمين التجاري من الرِّهان المحرم؛ لأن كلاًّ منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة ولم يبح الشرع من الرهان إلا ما فيه نصرة للإسلام وظهور لإعلائه بالحجة والسنان، وقد حصر النبي-ﷺ- الرهان بعوض في ثلاثة

[1] - صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر،ح(٢٧٨٣).
[2] - سورة المائدة، آية (٩٠).

لحديث أَبِي هُرَيْرَةَ-ﷺ- عَنْ النَّبِيِّ -ﷺ- أَنَّهُ قَالَ:" لَا سَبَقَ إِلَّا فِي نَصْلٍ أَوْ خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ".[1]. وليس التأمين من ذلك ولا شبيهاً به فكان محرماً.

٥- عقد التأمين التجاري فيه أخذ مال الغير بلا مقابل، والأخذ بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم؛ لدخوله في عموم النهي في قول الله-ﷻ-:" ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾[2].

٦- في عقد التأمين التجاري الإلزام بما لا يَلزم شرعاً فإن المُؤَمِّن لم يحدث الخطر منه ولم يتسبب في حدوثه، وإنما كان مجرد التعاقد مع المُستأمِن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفعه المؤمِّن للمُستأمَن له، والمُؤَمِّن لم يبذل عملاً للمُستأمِن فكان حراماً.

ثانياً: استدل القائلون بجواز عقد التأمين التجاري بعدة أدلة كما يلي[3]:

١- التأمين عقد جديد لم يتناوله نص شرعي ولا يوجد في أُصول الشريعة ما يمنع جوازه، وبهذا يثبت جوازه وإباحته؛ لأن الأصل في العقود الإباحة والجواز حتى يقوم دليل على التحريم، والشريعة لم تُوجب حصر تعامل الناس في عقود معينة معروفة ولم تمنعهم من إنشاء عقد جديد تدعو إليه حاجة المجتمع وتطور الزمن إذا كان غير مخالف لنظام التعاقد الشرعي وشرائطه.

٢- في أحكام الشريعة من العقود ما يصلح أن يكون مستنداً قياسياً لصحة التأمين منها:

---

[1] - سنن الترمذي، كتاب الجهاد عن رسول الله، باب ما جاء في الرهان والسبق،ح(١٦٢٢). قال أبو عيسى حديث حسن. صححه الألباني، مختصر إرواء الغليل(٢٩٦/١)ح(١٥٠٦).

[2] - سورة النساء، آية(٢٩).

[3] - الرِّبا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٤٠٦-٤١٧)؛ الموسوعة الفقهية الميسرة، قلعجي(٤٠١/١-٤٠٢)، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، السالوس(ص(١٦٥)؛ أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، إعداد الأمانة العامة للهيئة، (٤/ ١٤٣-٢٤٢)؛ فتاوي اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب أحمد بن عبد الرزاق الدويش،(٢٨٠/١٥-٢٨٦).

أ- صحة ضمان خطر الطريق، فيما لو قال شخص لآخر: اسلك هذا الطريق، فإنه آمن: فإن أصابك شيء فأنا ضامن، فسلكه فأُخذ مالُه حينئــذ يــضمن القائل، وهو ما نص عليه الحنفية في الكفالة[١].

ووجه الشبه بينه وبين التأمين أن في كل منهما ضماناً على خطر مجهــول؛ لأن ضامن الطريق لا يعرف مدى الخطر الذي يحتمل وقوعه بالــسالك وكــذلك المؤَمِّن لا يعرف ما سيقع على المُستأمِن من الأخطار.

ب- قاعدة الالتزام والوعد المُلزم عند المالكية[٢]:

خلاصة هذه القاعدة: أنَّ الإنسان إذا وعد غيره عِــدةً بغــرضٍ أو تَحَمُّــل خسارة، أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه في الأصل، فإنــه يلزمــه الوفــاء بوعده لاسيما إذا دخل الموعود في السبب كقوله: تَزَوَّجْ وأُعطيك المهرَ.

جـ نظام العاقلة في الإسلام: وهو أنه إذا جنى أحدٌ جنايةَ قتلٍ غير عمد فــإن عاقلته تتحمل دية ما جناه، فإن لم يكن له عاقلة فبَيْتُ المال العام يَعقلُ عنه.

وجه الاستدلال من ذلك أنَّ المصلحة التي يراها الشرع الإســلامي فــي نظام العاقلة يمكن تطبيقها على نطاق واسع بطريق العقد أو المُعاوضة التــي يُدفع فيها القليل لصيانة الكثير.

د- أنَّ عقد التأمين يؤدي إلى مصالح عدة: فهو يمــنح الأمــان والاطمئنــان للمُستأمِن ضد خطر محتمل، ويساهم في تحقيق مــصالح اقتــصادية بفــضل تأسيسه على التعاون الذي يؤدي إلى توزيع أعباء المخاطر بين المُــستَأمِنين؛ لأنَّ أخطاراً تهدد حياة الإنسان وسلامة جسمه وتهدد ماله ولاسيما فــي هــذا العصر الذي انتشرت فيه الآلات على اختلاف أنواعها، والمصانع والمتــاجر وغيرها؛ فما كان لهؤلاء أن يطمئنوا على أموالهم مما قد يصيبها إلا بالتأمين.

هــ- أنَّ التأمين أصبح عرفاً دعت إليه مصلحة عامــة ومــصالح شخــصية والعرف من الأدلة الشرعية.

---

١ - رد المحتار، ابن عابدين(٣٣٣/٥)، البحر الرائق، ابن نجيم(٢٣٨/٦).

٢ - حاشية الدسوقي(٢١١/٣)؛ التاج والإكليل، العبدري(٢٩٨/٥).

و- قياس التأمين على عقد الموالاة: وهو عقد بين شخصين لا وارث لهما على أن يرث أحدهما الآخر إذا مات قبله مقابل أن يتحمل أحدهما عن الآخر جرائمه الموجبة للمال ويدفع الدية عنه(١).

وقد ذهب إلى جواز هذا العقد أبو حنيفة(٢)، ويعتبر ولاء الموالاة عقد معاوضة ملزماً للطرفين حيث يلتزم الشخص بأن يتحمل العوض المالي من جناية الخطأ التي يرتكبها الآخر على أن يرث الأول الثاني في حال وفاته إذا لم يُخلف وارثاً، فهو شبيه بعقد التأمين حيث إن شركة التأمين ضامنة المسؤولية التي تقع على المُستأمِن عند وقوعه في الخطأ لقاء القسط الذي يدفعه، فكذلك الرجل في عقد الموالاة ضامن ومتحمل المسؤولية عن عاقده عند وقوعه في الخطأ فيعقل عنه لقاء أن يرثه إذا مات، والأصل في ذلك قول الله -ﷻ-:" ﴿ وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَٰلِيَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ۚ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا ﴿٣٣﴾ ﴾(٣).

الترجيح:

يتبين من خلال النظر في أدلة الفريقين أن الأقرب إلى أن يكون راجحاً هو القول بالتحريم، وإن كان في النفس شيء من جواز بعض أنواع التأمين كالتأمين على السيارات لإصلاحها، وخاصة أن معظم الدول أصبحت في الوقت الحالي تفرض على رعاياها الأخذ ببعض أنواع التأمين، ومع هذا فإن معظم العلماء، بل إن الأدلة الصحيحة تبين حُرمَة التأمين التجاري، وإن كان لا بد من الوصول إلى رأيٍ مُلزمٍ ومُقنعٍ بالنسبة لحكم التأمين، وقد ذهبتُ إلى القول بالتحريم لما يلي:

١- قوة أدلة القائلين بالمنع.

---

١ - الجوهرة النيرة، العبادي(١١٦/٢)؛ فتح القدير، ابن الهمام(٢٢٨/٩).

٢ - المبسوط، السرخسي(٨٢/٨)؛ بدائع الصنائع، الكاساني(١٧٠/٤).

٣ - سورة النساء، آية(٣٣).

٢- بمناقشة أدلة الفريق الثاني القائلين بجواز عقد التأمين التجاري على النحو التالي[١]:

أ- أنَّ الإباحة الأولية لا تصلح دليلاً يُستدل بها هُنا؛ لأن عقود التأمين التجـاري قامت الأدلة على مناقضتها لأدلة الكتاب والسنة، والعمل بالإباحة الأصلية مشروط بعدم الناقل وقد وُجد، فبطل الاستدلال بها.

ب- أنَّ قياس عقود التأمين التجاري على ضمان خطر الطريق لا يـصح، لأنـه قياس مع الفارق، ومن الفروق أن الضمان نوع من التبرع يُقصد بـه الإحـسان المحض، بخلاف التأمين التجاري فإنه عقد معاوضة تجاريـة يقـصد منهـا أولاً الكسب المادي، فإن ترتب عليه معروف فهو تابع غير مقصود إليـه، والأحكـام يراعى فيها الأصل لا التابع ما دام التابع غير مقصود إليه.

ج- أنَّ قياس عقد التأمين التجاري على الوعد الملزم عند من يقول به لا يـصح؛ لأنه قياس مع الفارق، ومن الفروق أن الوعد بقرض أو إعارة أو تَحمُّل خـسارة مثلا من باب المعروف المحض، فكان الوفاء به واجباً أو من مكـارم الأخـلاق؛ بخلاف عقود التأمين فإنها معاوضة تجارية باعثها الربح المادي فلا يُغتفر فيها إلى ما يُغتفر في التبرعات من الجهالة والغرر.

د- أنَّ استدلالهم بالاستصلاح غير صحيح؛ لأن مصالح الشريعة الإسلامية ثلاثـة أقسام: قسم شهد الشرع باعتباره فهو حجة، وقسم سكت عنه الشرع فلم يشهد لـه بإلغاءٍ ولا اعتبار فهو مصلحة مرسلة -وهذا محل اجتهاد المجتهـدين-، والقـسم الثالث ما شهد الشرع بإلغائه.

وعقود التأمين التجاري فيها جهالة وغرر وقمار وربا؛ فكانت ممـا شـهدت الشريعة بإلغائه لغلبة جانب المفسدة فيه على جانب المصلحة.

هـ- أنَّه لا يصلح استدلالهم بالعرف؛ فإن العرف ليس من أدلة تشريع الأحكـام وإنما يُبنى عليه في تطبيق الأحكام، وفَهم المراد من ألفاظ النـصوص وعبـارات الناس في أيمانهم وتداعياتهم وأخبارهم وسائر ما يحتاج إلى تحديد المقصود مـن

---

[١] - الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، السالوس،(١/٤٩٣-٤٩٧)؛ الرِّبا والمعاملات المـصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر المترك،(ص(٤٠٧-٤١٨).

الأفعال والأقوال، فلا تأثير له فيما تبين أمره وتعين المقصود منه. وقد دلت الأدلة دلالة واضحة على منع التأمين؛ فلا اعتبار به معها.

و- أما قياس عقود التأمين على ولاء الموالاة عند من يقول به فغير صحيح ؛ لأنه قياس مع الفارق، ومن الفروق بينهما أن عقود التأمين هدفها الربح المادي المشوب بالغرر والقمار وفاحش الجهالة، بخلاف عقد ولاء الموالاة ، فالقصد الأول فيه التآخي في الإسلام والتناصر والتعاون في الشدة والرخاء وسائر الأحوال، وما يكون من كسب مادي فالقصد إليه بالتَّبع، كما أنَّ عقد الموالاة منسوخ عند جمهور العلماء بآية المواريث، وكما أن أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء، أمَّا عقد وولاء الولاء فليس منها. فلا يظهر لهذا العقد حُكمٌ ولا يتعلق به إرثٌ ولا عقلٌ[1].

[1] - المغني، ابن قدامة(٦/٢٩٩)، مطالب أولي النهى، الرحيباني(٤/٦٩٠).

الخاتمة في نتائج البحث

بعد هذه الرحلة الطويلة مع الفقهاء والباحثين في الكفالة فإنني أستطيع أن أُسجل النقاط التالية:

١- التَّوثيق: تقوية الحق بصيانته عن التبديل والجحود أو ضمان تحصيله.

٢- ثبتت مشروعية التوثيق بالكتاب، والسنة، والمعقول، وقد يكون حراماً إذا كان توثيقاً لأمر محرّم.

٣- الكتابة: رسوم وأشكال حرفية تدل على الكلمات المسموعة، الدالة على ما في النفس، وقد ثبتت مشروعيتها بالقرآن، والسنة، والإجماع، والقياس.

٤- الشهادة: إخبار الشخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

٥- الرَّهن: المال الذي يُجعل وثيقة بالدَّين ليُستوفى من ثمنه، إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

٦- تختلف نظرة الحنفية والجمهور إلى أركان الرهن، ففي حين يعتبر الجمهور أركان الرَّهن خمسة (الرَّاهن، المُرّتهن، المرهون، والمرهون به، الصيغة)، فإن الحنفية يعتبرون للرهن ركناً واحداً هو الصيغة، وكذلك الحال في أركان الحوالة والكفالة من اختلاف بين الحنفية والجمهور في أركانهما.

١٠- الكفالة ضم في المطالبة وليست نقلاً بخلاف الحَوالة، فلا يُطالب المَدين بعد الحوالة بالاتفاق.

١١- الحَبْسُ: تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه، سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكيل الخصم أو وكيله عنه وملازمته له.

١٢- اتفق الفقهاء على مشروعية الحبس للنصوص والوقائع الواردة في ذلك.

١٣- الاحتباس: حق عيني يُمَكِّن صاحبه من استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس، أو هو حبس الشيء لمصلحة الحابس.

١٤- عرّف الحنفية الحَجْرَ: بأنه منع من نفاذ تصرف قولي -لا فعلي-، فإنَّ عقد المحجور ينعقد موقوفاً فلا ينفد إلا بإجازة من له الحق في الإجازة، وهو مشروع بالكتاب والسنة والمعقول.

١٥- إذا أحاط الدَّين بمال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه، وجب على الحكام تفليسه عند الجمهور وخالفهم في ذلك الإمام أبو حنيفة.

١٦- يجوز للحاكم بيع مال المفلس جبرا عليه عند جمهور الفقهاء، من المالكية، والشافعية، والحنابلة، أما أبو حنيفة فمنع بيع ماله لأنه لا ولاية عليه في ماله.

١٧- اتفق الفقهاء على جواز منع المَّدين من السفر في الجملة بناء على طلب صاحب الحق -الدَّائن-.

١٨- السُّفْتَجَةُ: كتاب صاحب المال لوكيله في بلد آخر ليدفع لحامله بدل ما قبضة منه، لأمن سقوط خطر الطريق.

١٩- ذهب الأئمة الأربعة إلى النهي عن اشتراط المنفعة في عقد السُّفْتَجَة، وخالفهم في ذلك ابن قدامة وابن تيمية وابن القيم فأجازوا السُّفْتَجَة مع اشتراط المنفعة أو عدم الاشتراط.

٢٠- الكفالة (الضَّمان): ضمُ ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق الواجب حالاً أو مُستقبلاً.

٢١- يطلق الحنفية لفظ الكفالة على الكفالة بشقيها المال والنفس، ويسميها المالكية ضماناً وحمالة، وهكذا الحال عند الشافعية يقولون الضمان، إلا أنَّ الإمام الشافعي استخدم لفظ الكفالة في الحدود، أما الحنابلة فيسمون الكفالة ضماناً في كفالة المال، ويستخدمون لفظ الكفالة للدلالة على كفالة النفس.

٢٢- ثبتت مشروعية الكفالة بالقرآن الكريم والسنة المطهرة والإجماع.

٢٣- الكفالة صورة من صور التعاون على البرِّ والتقوى، تنتشر بها المحبة بين أفراد المجتمع، إذ يشعر الفقير بتعاون الآخرين معه، كما أنَّ في الضمان تطميناً لصاحب المال على ماله؛ لأن الكفيل يكون مستطيعاً دفع ما التزم به لصاحب الحق في الغالب.

٢٤- تنعقد الكفالة بالألفاظ الصريحة كالزَّعامة، والقَبالة، والحَمالة، وغيرها، كما تنعقد كذلك بألفاظ الكناية التي تكون مقترنة بالنية، و تنعقد بكتابة الأخرس المقترنة بقرينة دالة على إرادته للكفالة.

٢٥- تنعقد الكفالة بالإيجاب من جانب الكفيل دون الحاجة إلى إذن من المكفول له.

٢٦- ذهب الجمهور والصاحبان إلى عدم جواز كفالة السفيه، وخالفهم في ذلك الأمام أبو حنيفة.

٢٧- اتفق الفقهاء الأربعة على عدم جواز كفالة العبد إلا بإذن سيده، وخالفهم في ذلك الظاهرية.

٢٨- تصح الكفالة مع جهالة المكفول له لورود النصوص والأدلة الواضحة على ذلك كما تصح الكفالة مع جهالة المكفول عنه على الصحيح من قول أهل العلم.

٢٩- تصح كفالة المرأة عند الجمهور من الحنفية والشافعية و الحنابلة والظاهرية، ومنع المالكية المرأة من الكفالة في حالة كونها بكراً أو متزوجة فيما زاد عن الثلث، وما عدا ذلك فوافقوا فيه الجمهور.

٣٠- تصح كفالة المريض -مرض الموت- فيما لم يتجاوز الثلث عند جمهور الفقهاء، وما زاد عن ذلك لا تصح به الكفالة إلا بإذن الورثة.

٣١- تصح كفالة المحجور عليه لِفَلَسٍ؛ لأن حقوق الغرماء تتعلق بأمواله لا بذمته.

٣٢- اتفق الفقهاء على صحة الكفالة عن الصبي، والمجنون، والعبد، وقد نص الحنفية على ذلك بينما يفهم ضمناً في المذاهب الفقهية الأخرى.

٣٣- تجوز الكفالة عن الغائب والمحبوس؛ فلا يشترط حضور المكفول عنه عقد الكفالة؛ لأن الحاجة غالباً تظهر في مثل هذه الأحوال.

٣٤- تصح الكفالة عن الميت المفلس عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والصاحبين من الحنفية، وخالف في ذلك أبو حنيفة حيث منع الكفالة عن الميت المفلس.

٣٥- تجوز الكفالة في الدُّيون والأعيان والأنفس والأفعال عند الحنفية والشافعية والحنابلة، ولا تجوز عند المالكية إلا في الدَّين فقط.

٣٦- تصح كفالة نفقة الزوجة، وذلك لتحقق شرط المكفول به من كونه ديناً صحيحاً لازماً أو آيلاً إلى اللزوم وقد أُخذ بهذا قانون الأحوال الشخصية.

٣٧- أجمع كل من يُعتد بإجماعه منذ الزمن الأول ، وحتى العصر الحاضر على مشروعية الكفالة بالمال.

٣٨- اتفق الفقهاء على أن للدائن حقَ مطالبةِ الكفيل بالدين إذا عجز المدين عن السداد أو ماطل.

٣٩- اتفق الفقهاء على براءة المكفول عنه، فلا يحق للدائن مطالبته إذا كانت الكفالة بشرط براءته. وتكون الكفالة حَوالةً معنىً في هذه الحالة.

٤٠- اتفق الفقهاء على أنَّ الكفيل لا يستحق الرجوع على المدين إلا بعد أن يؤدي المضمون به، وبعد حلول الأجل، وانه لا يحق للكفيل الرجوع على المدين إلا بالأقل مما أدى أو قَدْرِ الدَّين.

٤١- اتفق الفقهاء على جواز التوكيل في الكفالة في الجملة.

٤٢- تنتهي الكفالة بالمال بطرق وأسباب عدة في الأداء والإبراء والحوالة والصلح وهلاك المال المعين أو المُقاصَّة أو فساد الكفالة أو انفساخ الدَّين المكفول به.

٤٣- تصح الكفالة في الحدود والقصاص فيما كان حقاً للآدميين.

٤٤- تصح الكفالة بالنفس عند جمهور الفقهاء لثبوت الأدلة في ذلك من الكتاب والسنة والقياس وخالفهم في ذلك الظاهرية، وبعض الشافعية.

٤٥- الكفالة بالنفس عبارة عن إحضار المكفول به في أي وقت اشتُرط تسليمه فيه، أما في حال غيبة المكفول عنه، وعدم معرفة مكانه فلا يُطالَب الكفيل بإحضاره إن أثبت ذلك بتصديق الخصم أو ببينةٍ أقامها الكفيل.

٤٦- في حال تفريط الكفيل أو تساهله في إحضار المكفول بنفسه، حتى ضاع حق المكفول له، فإن الكفيل يُلزَم بالضمان، وأما إذا لم يُفرّط بل بذل كل ما في وسعه فلا شيء عليه؛ لأنه التزم الإحضار وعجز عنه بعد بذل كل الأسباب.

٤٧- اتفق الفقهاء على أنَّ الكفالة بالنفس تنقضي بتسليم الكفيل المكفول إلى الدَّائن في مكان يُقْدر فيه على إحضار المكفول مجلس القاضي ولا حائل يمنع من استيفاء الحق وقَبِلَ الدَّائن ذلك.

٤٨- إذا امتنع الدَّائن من استلام المكفول به دون عذر فإن الكفيل يُشهد على ذلك أو يُسَلِّم المكفول به إلى الحاكم.

٤٩- تنتهي الكفالة بالنفس إذا سلَّم المكفول بالنفس نفسه إلى المكفول له وليس هناك مانع يحول بين الدَّائن والمكفول به وتَحَقَقَ طلبه في استلامه سواء أكان التسليم بأمر الكفيل أم لم يكن. وتنقضي كذلك بموت المكفول بنفسه؛ لأن الكفيل التزم إحضار المكفول بنفسه وتعذَّر ذلك بسبب موته؛ ولأن ما التزم به سقط عن الأصل، فبرئ الفرع.

٥٠- الأصل في العقود أن تكون منجزة، وأن يترتب عليها آثارها في الحال.

٥١- يَصِحُّ تعليق الكفالة على شرط ملائم وتوقيتها، وإضافتها إلى المُستقبل، ويترتب على ذلك مُطالَبة الدَّائن للكفيل.

٥٢- اتفق الفقهاء على صحة ضمان الدَّرْك، وهو ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مغضوباً أو مُستَحَقَّاً، أو أُخذ بشُفعَة سابقة.

٥٣- جواز الكفالة مع جهالة المكفول به، رأي جمهور الفقهاء، وخالفهم في ذلك الشافعي في الجديد.

٥٤- خطاب الضمان صورة من صور الكفالة، وهو مشروع إن خلا من المحرمات.

٥٥- يجوز للبنك أخذ الأجر مقابل ما يقوم به من جهد وأعمال إدارية في خطاب الضمان، دون ما يأخذه من فوائد في حال تسديده عن طالِب خطاب الضمان فإنه ربا محرم.

٥٦- الاعتمادات المُستندية صورة من صور الكفالة، وهي مشروعة إن خلت من المحرمات.

٥٧- تكون الاعتمادات المُستندية كفالةً في حال كون الاعتماد غير مُغطى كلياً أو مُغطى جزئياً، وفي حال كون الاعتماد مُغطى كلياً يكون المصرف في هذه الحالة وكيلاً عن فاتح الاعتماد، وإن كان كفيلاً بالنسبة للمُصدِّر الذي يُعتبر مكفولاً له.

٥٨- التأمين عقد يُلزَم المُؤَمِّنُ بمقتضاه أن يؤدي إلى المُؤمَّنِ له أو إلى المستفيد الذي اشتُرط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو راتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع حادث أو تحقق خطر مُبَيَّن بالعقد، وذلك نظير مبلغ من المال يدفع أقساطاً أو دفعة واحدة من المُؤَمَّن له للمُؤَمِّن.

٥٩- عقد التأمين التجاري محرم لما فيه من الغرر والمُخاطرة في المُعاوضات المالية، والرّبا بشقيه النَساء أو الفضل، وأكل أموال الناس بالباطل والرّهان المحرم وغير ذلك.

الفهارس العامة

١- فهرس الآيات.

٢- فهرس الأحاديث.

٣- قائمة المصادر والمراجع.

٤- فهرس المحتويات.

١- فهرس الآيات

يوسف	يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْعَزِيزُ إِنَّ لَهُۥٓ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ	٧٨	١٤٢
يوسف	وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا	٨١	٢٦
إبراهيم	وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ	٧	ج،٧٣
النحل	وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَـٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا	٩١	٧٦،٧٢
الإسراء	وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَـٰفِرِينَ حَصِيرًا	٨	٣٦
الإسراء	وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا	٢٣	١٩
الإسراء	أَوْ تَأْتِىَ بِٱللَّهِ وَٱلْمَلَـٰٓئِكَةِ قَبِيلاً	٩٢	٨١،٧٢،٧١
طه	إِذْ تَمْشِىٓ أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ	٤٠	٧٥
الحج	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	٧٨	٨٦
النور	فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ	٦	٢٦
النور	وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَـٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ	٣٣	٢٤،١٧
النمل	ٱذْهَب بِّكِتَـٰبِى هَـٰذَا فَأَلْقِهْ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّ عَنْهُمْ فَٱنظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ	٢٨	١٤
القصص	فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰٓ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُۥ	١٢	٧٥
لقمان	وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا	١٥	١٩
الأحزاب	يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ	٧٠-٧١	١

٢- فهرس الأحاديث

٣-المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.

٢. الآداب الشرعية والمنح المرعية، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، عالم الكتب.

٣. أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية؛ إعداد الأمانة العامة للهيئة، ط(١)، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.

٤. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام؛ المعروف بشرح ميارة، محمد بن أحمد الفاسي (ميارة)، دار المعرفة.

٥. أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية؛ الدكتور سلطان بن إبراهيم الهاشمي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث.

٦. أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي؛ أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع.

٧. أحكام القرآن؛ أحمد بن علي، أبو بكر الجصاص، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط١٤٠٥هـ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي.

٨. أحكام القرآن؛ محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية.

٩. أحكام القرآن؛ محمد بن عبد الله الأندلسي،(ابن العربي)، دار الكتب العلمية.

١٠. إحياء علوم الدين؛ محمد بن محمد الغزالي، أبو حامد، دار المعرفة- بيروت.

١١. أدب الدنيا والدين؛ علي بن محمد بن حبيب الماوردي، دار مكتبة الحياة.

١٢. إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم؛ محمد بن محمد العمادي، أبو السعود، دار إحياء التراث العربي- بيروت-.

١٣. إرشاد المسترشد في تهذيب مذاهب أئمة الهدى في الفقه وأدلته؛ محمد أوَّلي بن المنذر الأنصاري، مكتبة العبيكان.

١٤. أسلوب الكناية في القرآن الكريم؛ أ. بسام القواسمي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٠٤-١٤٠٥هـ.

١٥. أسنى المطالب شرح روض الطالب؛ زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
١٦. الإصابة في تمييز الصحابة؛ أحمد بن حجر العسقلاني، دار الجيل – بيروت، تحقيق محمد علي البجاوي، ط(١) ١٤١٢هـ.
١٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ محمد بن أبي بكر الزرعي، ابن القيم الجوزية، دار الكتب العلمية.
١٨. الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة؛ أ.د علي أحمد السالوس، دار الثقافة، مؤسسة الرَّيان للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.
١٩. الأم؛ محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة.
٢٠. الإنصاف؛ علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، دار إحياء التراث العربي.
٢١. أنوار البروق في أنواع الفروق؛ أحمد بن إدريس (القرافي)، عالم الكتب.
٢٢. أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء؛ قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي، دار الوفاء –جدة، ط(١)،١٤٠٦هـ.
٢٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق؛ زين الدين بن إبراهيم(ابن نجيم)، دار الكتاب الإسلامي.
٢٤. البحر المحيط؛ بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي، دار الكتبي.
٢٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع؛ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان–.
٢٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان.
٢٧. البداية والنهاية؛ إسماعيل بن عمر بن كثير المقدسي، أبو الفداء، مكتبة المعارف، بيروت.
٢٨. البرهان في علوم القرآن؛ محمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق محمد إبراهيم، دار التراث العربي، القاهرة.

٢٩. بلغة السالك لأقرب المسالك؛ المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد الصاوي، دار المعارف.
٣٠. التأمين الإسلامي دراسة فقهية تبين حقيقة التأمين التعاوني بصورتيه النظرية والعملية وممارسته في شركات التأمين الإسلامي؛ د. أحمد سالم ملحم، دار الأعلام، ط(١)، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
٣١. تاج التراجم في من صنف من الحنفية؛ الحافظ زيت الدين أبو العدل قاسم بن قطلوبغا الحنفي، تحقيق إبراهيم صالح، دار المأمون للتراث، ط(١) ١٤١٢هـ -١٩٩٢م.
٣٢. التاج والإكليل لمختصر خليل؛ محمد بن يوسف العبدري (المواق)، دار الكتب العلمية.
٣٣. التاريخ الكبير؛ محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق السيد هاشم الندوي، دار الفكر.
٣٤. التبيان في تفسير غريب القرآن؛ شهاب الدين أحمد بن محمد الهائم المصري، تحقيق أنور الدابولي، دار الصحابة للتراث- القاهرة،ط(١)، ١٩٩٢م.
٣٥. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق؛ عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي.
٣٦. التجريد لنفع العبيد؛ حاشية البجيرمي على المنهج، سليمان بن محمد البجيرمي، دار الفكر العربي.
٣٧. تحفة المحتاج في شرح المنهاج؛ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي.
٣٨. التعريفات؛ علي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي - بيروت، ط(١)١٤٠٥هـ، تحقيق إبراهيم الأنباري.
٣٩. تفسير القرآن العظيم؛ المعروف بتفسير ابن كثير، أبو الفداء؛ إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، ت٧٧٤هـ، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ط(١)، ١٤١٩هـ-١٩٩٩هـ.

٤٠. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة،١٣٨٤هـ، ١٩٦٤م.
٤١. التوثيق بالكتابة في الشريعة الإسلامية؛ نظار عبد القادر محمود إسماعيل، رسالة ماجستير غير منشورة.
٤٢. التوثيق بالكتابة والعقود؛ الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري، دار ابن الجوزي –القاهرة ، مكتبة دنديس– الضفة الغربية– الطبعة الأولى(١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م).
٤٣. الثقات، محمد بن حبان؛ أبو حاتم البستي، تحقيق السيد شرف الدين أحمد، دار الفكر، ط(١)، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م.
٤٤. الجامع لأحكام القرآن؛ محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، أبو عبد الله، تقديم هاني الحاج، حققه وخرج أحاديثه، عماد زكي البارودي، وخيري سعيد، المكتبة التوفيقية.
٤٥. جامع البيان في تفسير القرآن؛ محمد بن جرير الطبري، دار المعرفة، بيروت–لبنان، ١٤٠٧هـ–١٩٨٧م.
٤٦. الجواهر الحسان في تفسير القرآن؛ عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات– بيروت.
٤٧. الجوهرة النيرة؛ أبو بكر محمد بن علي الحدادي العبادي، المطبعة الخيرية.
٤٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير؛ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.
٤٩. حاشية السندي على النسائي؛ نور الدين أبو الحسن السندي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط(٢).
٥٠. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني؛ علي الصعيدي العدوي، دار الفكر

٥١.حاشية العطار على شرح جلال الدين المحلي؛ حسن بن محمد بن محمود العطار، دار الكتب العلمية.
٥٢.درر الحكام شرح غرر الأحكام؛ محمد بن فرموزا (منلا خسروا)، دار إحياء الكتب العربية.
٥٣.درر الحكام شرح مجلة الأحكام؛ تأليف علي حيدر ، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
٥٤.الدر المنثور؛ عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي، دار الفكر- بيروت، ط(١)،١٩٩٣م.
٥٥.الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب؛ إبراهيم بن علي(ابن فرحون اليعمري)، موقع الوراق http:// www.alwarraq.com
٥٦.الِّربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية؛ د.عمر بن عبد العزيز المترك، اعتنى بإخراجه بكر أبو زيد، دار العصمة للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية.
٥٧.رد المحتار على الدر المختار؛ محمد أمين بن عمر(ابن عابدين)، دار الكتب العلمية.
٥٨.روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني؛ محمد الألوسي، أبو الفضل، دار إحياء التراث العربي-بيروت.
٥٩.روضة الطالبين وعمدة المفتين؛ يحيى بن شرف النووي، ومعه حواشي الروضة، بإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٦٠.زاد المسير في علم التفسير؛ عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي المكتب الإسلامي.
٦١.الزواجر عن اقتراف الكبائر؛ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، دار الفكر.
٦٢.السلسلة الصحيحة؛ محمد بن ناصر الألباني، مكتبة المعارف، الرياض.

٦٣. سنن البيهقي الكبرى؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر البيهقي، مكتبة دار الباز – مكة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، تحقيق محمد عبد القادر عطا.
٦٤. سنن الترمذي؛ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المكتبة الإسلامية، ١٩٨٣م.
٦٥. سنن أبي داود؛ سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، دار الفكر.
٦٦. سنن ابن ماجة؛ محمد بن يزيد، أبو عبد الله القزويني، دار الفكر – بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
٦٧. شرح التلويح على التوضيح؛ مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح بمصر.
٦٨. شرح حدود ابن عرفة؛ محمد بن قاسم الرصاع، المكتبة العلمية.
٦٩. شرح قانون الأحوال الشخصية؛ د. مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، دار المعرفة للنشر والتوزيع، ط(٨)، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م
٧٠. شرح الكوكب المنير؛ تقي الدين، أبو البقاء الفتوحي، مطبعة السنة المحمدية.
٧١. شرح المجلة؛ سليم رستم باز اللبناني، طُبع بإجازة نظارة المعارف الجلية في الآستانة العلمية، ط(٣)، ١٣٠٥هـ.
٧٢. شرح مختصر خليل؛ محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر.
٧٣. شرح منتهى الإرادات؛ منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب.
٧٤. صحيح البخاري؛ محمد بن إسماعيل البخاري، دار القلم، بيروت، سنة ١٩٨٧م.
٧٥. صحيح الترغيب والترهيب؛ محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض.
٧٦. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان؛ محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم التميمي البستي، مؤسسة الرسالة، بيروت–ط(٢)(١٤١٤هـ–١٩٩٣م)، تحقيق شعيب الأرنؤوط.

٧٧. صحيح ابن ماجة، محمد ناصر الألباني، برنـامج منظومـة التحقيقـات الحديثة، إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة – الإسكندرية–.
٧٨. صحيح مسلم؛ مسلم بن الحجاج، أبو الحسين القشيري النيـسابوري، دار التراث العربي، ١٩٥٤م.
٧٩. ضعيف الترغيب والترهيب؛ محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف – الرياض–.
٨٠. طبقات الشافعية؛ جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، إشراف مكتب البحوث والدراسـات فـي دار الفكـر للطباعـة والنـشر والتوزيـع، الطبعـة الأولى،١٤١٦هـ–١٩٩٦م.
٨١. طبقات الفقهاء؛ أبو إسحاق الشيرازي هذبه محمد بن جلال الدين – ابـن منظور– تحقيق إحـسان عبـاس، ط(١)،١٩٧٠م، دار الرائـد العربـي، بيروت–لبنان.
٨٢. طرائق الحكم المتفق عليها والمختلف فيها في الشريعة الإسلامية؛ سـعيد بن درويش الزهراني، مطابع الصفا– مكة المكرمـة– ط(٣)١٤٢٣هـ–٢٠٠٢م.
٨٣. الطرق الحكمية؛ محمد بن أبي بكر الزّرعي (ابن القيم الجوزية) دار إحياء العلوم، بيروت، قدم له وراجعه وعلق عليه الشيخ بهيج الغزاوي.
٨٤. العناية شرح الهداية؛ محمد بن محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر.
٨٥. عيون الأخبار؛ لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الـدينوري، نـسخة مصورة عن طبعة دار الكتب، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسـسة المصرية العامة للتأليف والترجمة
٨٦. الغرر البهية في شرح الروضة الوردية؛ زكريا بن محمـد بـن زكريـا الأنصاري، المطبعة الميمنية.
٨٧. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر؛ أحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية.

٨٨. الفتاوى الفقهية الكبرى؛ أحمد بن علـــي بـــن حجـــر الهيتمـــي، المكتبـــة الإسلامية.
٨٩. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء؛ جمع وترتيب أحمد بن عبد الرزاق الدويش، طبع ونشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتـــاء، ط(١) ١٤٢١هـ.
٩٠. فتح الباري شرح صحيح البخاري؛ أحمد بن علي بن حجر العـــسقلاني، دار السلام- الرياض،ط(١)،١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٩١. فتح القدير؛ كمال الدين بن عبد الواحد (ابن الهُمام)، دار الفكر.
٩٢. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب؛ المعروف بحاشية الجمل، سليمان بن منصور العجلي، دار الفكر.
٩٣. الفروق؛ أسعد بن محمد بـــن الحـــسين النيـــسابوري الكرابيـــسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت-، تحقيق د. محمـــد طمـــوم، ط(١) ١٤٠٢هـ.
٩٤. الفروع؛ محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، عالم الكتب.
٩٥. الفصول في الأصول؛ أبو بكر بن علي الرازي الجصاص، الناشر وزارة الأوقاف الكويتية.
٩٦. الفقه الإسلامي وأدلته؛ د.وهبة الزحيلي، دار الفكـــر، ط(٣)،١٤١٩هـ، ١٩٨٩م.
٩٧. فقه السنة؛ السيد سابق، مكتبـــة الرشـــد، الريـــاض، الطبعـــة الأولـــى، ١٤٢٢هـ،٢٠٠١م.
٩٨. فقه المعاملات المالية في الإسلام؛ حـــسن أيـــوب، دار الـــسلام، ط(١)، ١٤٢٣هـ -٢٠٠٣م.
٩٩. الفهرست؛ محمد بن إسحاق أبو الفرج النـــديم، دار المعرفـــة، للطباعـــة والنشر، بيروت-لبنان.
١٠٠. القاموس المحيط؛ الفيروز آبادي، ضبط وتوثيق يوسف الـــشيخ محمـــد البقاعي، دار الفكر، ط١٤٢٠هـ-١٩٩٩م

١٠١. القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية؛ القاضي الشيخ أحمد بن محمد علي داود، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط(١)، ١٤٢٠هـ،١٩٩٩م.
١٠٢. القواعد؛ لابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد(ابن رجب الحنبلي)، دار الكتب العلمية.
١٠٣. كتاب الخراج؛ للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان.
١٠٤. كشاف القناع عن متن الإقناع؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة-الرياض، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، ط(٢)١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١٠٥. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي؛ عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري، دار الكتاب الإسلامي.
١٠٦. الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون؛ د. علي أحمد السالوس، دار الاعتصام، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.
١٠٧. لسان العرب؛ محمد بن مَكْرَم بن علي بن احمد الأنصاري، ابن منظور، دار إحياء التراث العربي، مؤسسه التاريخ العربي، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة (١٤١٩هـ -١٩٩٩م).
١٠٨. المبسوط؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة.
١٠٩. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر؛ عبد الرحمن بن محمد شيخي زاده(داماد)، دار إحياء التراث العربي.
١١٠. مجمع الضمانات؛ غانم بن محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي.
١١١. المجموع شرح المهذب؛ يحيى بن شرف النووي، مطبعة المنيرية.
١١٢. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية؛ جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، ط١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

١١٣. المحلى بالآثار؛ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الفكر.
١١٤. مختار الصحاح؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة جديدة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م) تحقيق محمود خاطر.
١١٥. مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل؛ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، ط(٢)١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.
١١٦. المدخل الفقهي العام؛ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق.
١١٧. المدونة؛ مالك بن أنس الأصبحي، دار الكتب العلمية.
١١٨. المستدرك على الصحيحين؛ محمد بن عبد الله، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، دار الكتب العلمية - بيروت، ط(١)،١٤١١هـ - ١٩٩٠م، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.
١١٩. مشاهير علماء الأمصار؛ محمد بن أحمد بن حبان البُستي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٥٩م.
١٢٠. مشكاة المصابيح؛ محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي- بيروت، ط(٣)،١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.
١٢١. المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق؛ د. عبد الرزاق وجدي الهيتي)، دار أسامة للنشر، عمان-الأردن.
١٢٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي؛ أحمد بن حجر بن علي الفيومي، المكتبة العلمية.
١٢٣. المصنف في الأحاديث والآثار؛ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، مكتبة الرشد الرياض، ط(١)،١٤٠٩هـ، تحقيق كمال يوسف الحوت.
١٢٤. مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى؛ مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيباني، دار المكتب الإسلامي.
١٢٥. المطلع على أبواب الفقه؛ محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، أبو عبد الله، تحقيق محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي،١٤٠١هـ،١٩٨١م.

١٢٦. المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي؛ علي بن أحمد السالوس، دار الاعتصام، ط(٢) ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.
١٢٧. معجم المؤلفين؛ تراجم مصنفي الكتب العربية، عمر رضا كحالة، مكتبة المثنى-لبنان، ودار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان-.
١٢٨. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية؛ الدكتور محمود عبد المنعم، دار الفضيلة.
١٢٩. المغني؛ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، دار إحياء التراث العربي.
١٣٠. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج؛ محمد بن محمد الشربيني الخطيب، دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان.
١٣١. مقدمة ابن خلدون؛ عبد الرحمن بن خلدون، تحقيق الدكتور حامد أحمد الطاهر، دار الفجر للتراث، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ،٢٠٠٤م.
١٣٢. المنتقى شرح الموطأ؛ سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب الإسلامي.
١٣٣. منح الجليل شرح مختصر خليل؛ محمد بن أحمد بن محمد(عليش)، دار الفكر.
١٣٤. منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي؛ محمد عثمان الشبير، بحث علمي محكم، مجلة دراسات العلوم الإنسانية، العدد الثاني (١٩٩٥)، الجامعة الأردنية.
١٣٥. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل؛ محمد بن محمد بن عبد الرحمن(الحطاب)، دار الفكر.
١٣٦. موسوعة الاقتصاد الإسلامي ودراسات مقارنة؛ د. محمد عبد المنعم الجمال، ط(٢)، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
١٣٧. الموسوعة الفقهية الكويتية؛ الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.
١٣٨. الموسوعة الفقهية الميسرة؛ أ.د محمد روّاس قلعه جي، دار النفائس.

١٣٩. موطأ الإمام مالك؛ مالك بن أنس الأصبحي، دار إحياء التراث العربي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
١٤٠. نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية؛ جمال الـدين، عبـد الله بـن يوسف الزيلعي، دار الحديث.
١٤١. نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)؛ د. محمد بن إبراهيم الموسى، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،١٤١١هـ،١٩٩١م.
١٤٢. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج؛ محمد بن شهاب الدين الرملـي، دار الفكر.
١٤٣. نيل الأوطار؛ محمد بن علي الشوكاني، دار الحديث.
١٤٤. هدية العارفين؛ إسماعيل باشا البغدادي، طبع بعناية وكالـة المعـارف الجلية في مطبعتها البهية، استانبول، ١٩٥٥م، مكتبة المثنى.
١٤٥. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحـوال الشخصية؛ د. محمـد الزحيلـي، مكتبـة دار البيـان، الطبعـة الثانيـة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
١٤٦. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان؛ أبو العباس شمس الدين بن أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، دار صادر- بيروت، ط١٩٠٠م.

٤- فهرس المحتويات.

Abstract

This thesis includes an introduction, an introductory section, two chapters and conclusion.

The introduction contains the importance of guarantee, questions of study, aims, reasons of choosing writing in this subject, the previous studies, methods of writing and plan.

The introductory section is particularly talking about two curriculums. First of all is to identify the documentation, its beginning and its judgment. The second is talking about the most important ways or documentation.

The first chapter includes three sections in different subjects. The first is about identifying linguistical and idiomatic guarantee. It also talks about the vocabulary which are related with guarantee in three successive subjects. Then the second section comes which consists of four subjects that talk about legality of guarantee in the Holly Quran, Sunna, religious men consensus and reasonability. The third section talks about five subjects that point out the conditions and limitations of guarantee. first of all is about the form, the guarantor, guaranteed person, a person who needs the guarantee from the other, the guarantee itself.

Then, the second chapter comes to discuss the different temporary uses of guarantee in four sections. The first contains five subjects to talk about money guarantee. The first is to demonstrate the Muslims' religious scientists viewpoints about money guarantee. The second is about its judgments and effects. After that, the third is about guarantee's vesting. The fourth is to point out how it could be ended. Finally, the fifth to talk the judgment of money guarantee in Islamic limits and laws.

The second section of the second chapter is particularly talking about self guarantee within five subjects. The first is to mention the Muslims' scientist in self guarantee. The second is to talk about the judgments and effects of self guarantee. The third talks about self guarantee's vesting. The forth is to point out when it ends. Then comes the last subject to talk about the judgment of self guarantee in Islamic limits and laws.

The third section of the second chapter contains four subjects about guarantee uses. So the first is about the suspensive guarantee. The next is about the future guarantee. The third is about a temporary guarantee. The fourth is about guarantees something unknown.

The last section of this chapter demonstrates the temporary uses and the Islamic viewpoint of the guarantee. So it contains three subjects which are bank guarantee, bank money and trade insurance.

Finally, the conclusion mentions the most important results that the thesis discusses.